

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero-julio de 2017 No. 45

El *ius puniendi* del Estado
y la resolución de conflictos

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero-julio de 2017 No. 45

El ius puniendi del Estado
y la resolución de conflictos



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 45

Título del número: “*El ius puniendi del Estado y la resolución de conflictos*”

Publicación semestral, arbitrada según criterios que aseguran el anonimato de autor y par evaluador

Lugar y fecha: Bogotá, Enero - Julio de 2017

© UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales
Gerardo Molina - UNIJUS

ISSN 0122-1108

Prof. Dr. José Ignacio Mantilla Prada (Rector General)

Prof. Genaro Alfonso Sánchez Moncaleano (Decano de la Facultad)

Prof. Dr. Alejo Vargas Velásquez (Vicedecano de Investigación y Extensión)

Instituto UNIJUS

Prof. Dr. Andre-Noel Roth Deubel (Director)

Director de la Revista

Prof. Dr. Bernd Marquardt

Comité Editorial

Prof. Dr. Diego Eduardo López Medina (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Farid Samir Benavides (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Gregorio Mesa Cuadros (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Oscar Mejía Quintana (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Raina Zimmering (Universidad Johannes Kepler, Linz-Austria)

Prof. Dr. Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Antoni Pigrau Sole (Universitat Rovira i Virgili, España)

Prof. Dr. Enrique Letellier Loyola, (Universidad de Antofagasta, Chile)

Comité Científico

Prof. Dra. Esther Sánchez Botero (Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Colombia)

Prof. Dr. Jacques Commaille (Ecole Normale Supérieure de Cachan, Francia)

Prof. Dr. Jane Larson (University of Wisconsin, Estados Unidos)

Prof. Dr. Jean-Charles Froment (Université Pierre Mendès, Francia)

Prof. Dr. José Reinaldo de Lima (Universidad de Sao Paulo, Brasil)

Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca, España)

Prof. Dr. Michele Luminati (Universidad de Lucerna, Suiza)

Prof. Dr. Roberto Gargarella (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Stanley L. Paulson (Washington University St. Louis, Estados Unidos)

Pares Evaluadores

Prof. Mg. José Manuel Suarez Delgado (Universidad del Bosque, Colombia)

Prof. Dra. Aura Helena Peñas Felizzola (Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia – CIJ, Colombia)

Prof. Dra. Sandra López de Zubiría Díaz (Universidad Rey Juan Carlos, España)

Prof. Dra. Lina Mariola Díaz Cortés (Universidad de Salamanca, España)

Prof. Dra. Carmen Alastuey Dobón (Universidad de Zaragoza, Colombia)

Prof. Dr. Diego Gómez Fernández (Universidad de Vigo, España)

Prof. Dra. María del Rosario Sánchez Valle (Universidad de Sevilla, España)

Prof. Dr. Miguel Alejandro Malagón Pinzón (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Mg. Marco Antonio Sepúlveda Larroucau (Universidad Central de Chile, Chile)

Coordinador Editorial

Luis Fernando Sánchez Supelano

Correspondencia y Suscripción

Diagonal 40 A Bis No. 15-38 Casa Gaitán, Bogotá, Colombia

Teléfono (571) 316 5000 Ext.: 17306

Correo electrónico: rpjuridico_fdbog@unal.edu.co

URL: www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html - <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/archive>

Portada: “El derecho penal de la modernidad temprana según el *Espejo de los Legos* (Laienspiegel) de 1509”

Impreso y hecho en Bogotá D.C., Colombia.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Contenido

Presentación	11-14
--------------------	-------

**EL PRIMER CÓDIGO PENAL SISTEMÁTICO DE LA MODERNIDAD TEMPRANA EUROPEA:
LA CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA DE 1532**

**THE FIRST SYSTEMATIC CRIMINAL CODE OF EARLY EUROPEAN MODERNITY: THE
CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA OF 1532**

<i>Bernd Marquardt</i>	15-60
1. Introducción teórica-metodológica: la perspectiva socio-cultural, estatal y transnacional	17
2. Derecho penal y consolidación del Estado judicial de la paz interna.....	19
3. Inicios del Estado legislador: del derecho celestial al derecho humano en la tierra	20
4. Los delitos y el sistema de las penas.....	25
5. El proceso penal inquisitorio: entre el pensamiento mágico y las garantías procesales protegidas por la demanda de nulidad.....	31
6. Los tres siglos de la Carolina	35
7. El contexto europeo y mundial	36
8. La práctica no tan sangrienta de los señoríos jurisdiccionales en los juicios de vecinos	38
9. Procesos de brujería y erradicación	40
10. Justicia constitucional con base en la Carolina.....	43
11. La Constitutio Criminalis Teresiana de 1768.....	44
12. Desencantamiento y reforma ilustrada del derecho penal.....	45
Observaciones finales.....	48
Bibliografía	49

DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL

FROM THE RULE OF LAW TO A CONSTITUTIONAL RULE OF LAW IN CRIMINAL MATTER

<i>Juan de Dios González Ibarra y Ramón García Jácome</i>	61-95
Introducción	62
1. Los juicios orales en México	62
2. La víctima en el derecho internacional.....	63
3. Declaración Sobre Los Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos y Abuso Del Poder De La Organización De Las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985	65
4. Ley General de Víctimas del 9 de enero de 2013.....	67
5. Código Nacional De Procedimientos Penales del 5 de marzo de 2014	74
6. Ley de atención y reparación a víctimas del delito y de violaciones a los derechos humanos para el Estado de Morelos, del 17 de julio de 2013.....	81
7. Principio <i>pro homine</i>	86
8. Control de convencionalidad.....	88
Conclusiones y recomendaciones	91
Bibliografía	93

**CRIMEN ORGANIZADO Y PROBLEMAS DOGMÁTICOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:
ANÁLISIS COMPARADO DE COLOMBIA Y ESPAÑA EN EL MARCO DE LA LUCHA
CONTRA EL DELITO EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

**ORGANIZED CRIME AND DOGMATIC PROBLEMS OF AUTHORIZATION AND
PARTICIPATION: COMPARATIVE ANALYSIS OF COLOMBIA AND SPAIN EXPERIENCE IN
THE FIGHT AGAINST CRIME IN THE UNITED NATIONS ORGANIZATION FRAMEWORK**

Caviedes Estanislao Escalante-Barreto 97-125

Introducción	99
1. Crimen organizado: dilucidación de una categoría difusa en la lucha actual contra la criminalidad transnacional	103
1.1. Concierto, asociación y organización criminal. Sentido y contenido de la legislación actual	105
1.2. Los criterios identificadores y el problema con la coautoría o codelinuencia	112
1.3. Toma de posición. Un concepto material unificador.	113
2. Organización criminal y coautoría: Problema conceptual de aplicación práctica	116
2.1. La coautoría en Colombia	116
2.2. La coautoría en España	116
2.3. Criterio material de diferenciación entre la organización criminal y la coautoría	118
2.4. El concurso de conductas del sujeto perteneciente a la organización criminal....	119
3. Conclusión: El concepto de organización criminal como criterio limitador.....	121
3.1. Necesidad de un concepto de sentido y contenido de organización criminal.....	121
3.2. Retos de aplicación práctica	121
Bibliografía	123

**EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA VIOLENCIA DEL NARCOTRÁFICO, COMO ACTOS
TERRORISTAS Y SU VINCULACIÓN CON LA DELINCUENCIA ORGANIZADA**

**TRANSNACIONAL THE LEGAL TREATMENT OF THE NARCOTRÁFICO'S VIOLENCE AS
TERRORISTS ACTS AND ITS LINKAGE TO THE TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME**

Omar Huertas Díaz, Juan Manuel Gómez Rodríguez y Christian Benítez Núñez 127-156

Introducción	129
1. Antecedentes normativos en el ámbito internacional.....	131
2. Delincuencia organizada transnacional y las deficiencias de los sistemas institucionales nacionales para su adecuada prevención y gestión.....	134
3. La influencia de la lucha contra el terrorismo en la militarización de la lucha contra el narcotráfico.	139
4. La declaración de seguridad de las américas y el nuevo concepto de seguridad hemisférica de la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.....	142
5. La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional.....	145
Conclusiones.....	150
Bibliografía	153

EL PECULADO POR COMISIÓN POR OMISIÓN EN COLOMBIA

THE PECULADO BY COMMISSION FOR OMISSION IN COLOMBIA

Jorge Arturo Abello Gual..... 157-192

Introducción al problema	158
1. La malversación de caudales públicos por comisión por omisión en España.....	160

2. Propuestas de un peculado por comisión por omisión en la doctrina y jurisprudencia colombiana.....	162
3. Propuesta sobre un peculado por comisión por omisión frente a la ley penal.....	173
Conclusiones.....	188
Bibliografía.....	190
DISCRECIONALIDAD, CIENCIA Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL	
DISCRETION, SCIENCE AND THE SYSTEM OF CRIMINAL LAW	
<i>André Scheller D'Angelo</i>	193-218
Introducción.....	194
1. Qué es y en qué consiste la discrecionalidad judicial.....	194
2. Características de la discrecionalidad judicial.....	196
2.1. La libertad en la decisión.....	197
2.2. La indeterminación del derecho.....	198
2.3. La noción de poder en la discrecionalidad judicial.....	202
3. La ciencia del derecho penal.....	203
3.1. La ciencia y la dogmática del derecho penal.....	204
3.2. La influencia de las ciencias exactas en el derecho penal.....	207
4. La paradoja científica de la discrecionalidad judicial en el derecho penal.....	209
4.1. La ley y la jurisprudencia son dos objetos distintos para la ciencia.....	212
Conclusiones.....	215
Bibliografía.....	216
ELEMENTOS Y TRÁMITES PROCESALES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA, LEY 1801 DE 2016	
ELEMENTS AND PROCEDURAL STEPS IN THE CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA, LAW 1801 OF 2016	
<i>Erwin Leonardo Niño Ochoa</i>	219-239
Presentación.....	220
1. Principios Procesales en el Código Nacional de Policía y Convivencia.....	221
2. El Proceso Único de Policía.....	223
3. Régimen probatorio.....	224
4. Las órdenes de comparendo.....	225
5. Proceso Verbal Inmediato.....	226
6. Proceso Verbal Abreviado.....	229
7. Caducidad y prescripción.....	233
8. Otros aspectos procesales.....	235
Conclusión.....	237
Bibliografía.....	239
LA CONCILIACIÓN NO ES JUSTICIA	
MEDIATION IS NOT JUSTICE	
<i>Harbey Peña Sandoval</i>	241-267
Introducción.....	242

1. Origen disciplinar de la conciliación.....	242
2. La conciliación y la justicia.....	247
3. La práctica conciliatoria y la práctica judicial.....	255
4. Reflexiones finales	260
Bibliografía	265

EL ESTADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL EN COLOMBIA

THE STATE OF THE SCIENCE OF PROCEDURAL LAW IN COLOMBIA

<i>Héctor Enrique Quiroga Cubillos</i>	269-345
--	---------

Introducción	270
1. Los nuevos paradigmas procesales y los cambios producidos y su desarrollo por la jurisprudencia constitucional	275
1.1 Las estrategias de justicia en la constitución de 1991	275
1.2 El juez en el estado social de derecho.....	280
1.3 El debido proceso como categoría superior del proceso judicial dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.....	280
1.4 La sistematización le garantiza al juez la coherencia del sistema jurídico a aplicar	303
1.5 El juez es creador de derecho	306
1.6 La sentencia actúa como el cumplimiento de obligaciones institucionales para el juez.....	328
1.7 La sentencia judicial también está sometida a control constitucional.....	332
1.8 Las extensiones de las sentencias. Decisiones particulares a situaciones genera.....	337
2. Conclusiones.....	339
Bibliografía	342

<i>Revista Pensamiento Jurídico</i> . Instrucciones para los autores de artículos a publicar	347
--	-----

<i>Journal Pensamiento Jurídico</i> . Instructions for authors.....	355
---	-----

Política de Ética Editorial	363
-----------------------------------	-----

Editorial Ethics Policy	371
-------------------------------	-----

Presentación

En esta ocasión la *Revista Pensamiento Jurídico*, publicación arbitrada –bajo la modalidad de doble ciego– y de carácter semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, presenta desde un enfoque transdisciplinar e interdisciplinar, algunas reflexiones sobre la historia del derecho y los derechos, con el ánimo de contribuir a la comprensión de la evolución, desarrollo y concreciones de los mismos. El contenido de la revista está dirigido a investigadores, docentes, estudiantes y especialistas en las diversas ramas del derecho, en el ámbito nacional e internacional. A continuación, se realiza una breve presentación de cada uno de los artículos:

En primer lugar, se encuentra el artículo titulado “El primer código penal sistemático de la modernidad temprana europea: la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532”, del profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Bernd Marquardt (fundador y director del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado). Doctorado —*summa cum laude*— en derecho, Post-doctorado (2000) y segundo Doctorado Superior —la *Habilitation* centroeuropea— de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister —*Staatsexamen*— y abogado de la Universidad de Göttingen (Alemania). Este artículo pretende analizar el primer código penal y procesal de la Europa latina con un carácter completo, sistemático, abstracto y estructurado dogmáticamente, llamado en latín por el Sacro Emperador Romano Carlos V —*Carolus*—, *Constitutio Criminalis Carolina*. Se descubrirá, por una parte, algunos rasgos de modernización significativos, característicos del período del Renacimiento y, por otra parte, una enorme diferencia cultural por la bestialidad e irracionalidad del derecho penal de la *Modernidad temprana*.

Seguidamente, se presenta el artículo denominado “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional en materia penal”, de los profesores e investigadores de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Juan de Dios González Ibarra (Licenciado en Derecho y Doctor en Ciencia Política) y Ramón García Jácome (Doctor en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia en Humanidades del Estado de Morelos). Este artículo discute cómo en materia penal falta incorporar el principio del interés superior de la víctima como orientador de la acción jurídica, para estar acorde con el nuevo paradigma del Estado Constitucional; adicionalmente, el artículo se encarga de evidenciar cómo esta carencia

provoca hoy que la violación de derechos se presente cotidianamente en México hacia quien recibe el daño —víctima de un delito—.

A continuación, el artículo “El crimen organizado y problemas dogmáticos de autoría y participación: análisis comparado de Colombia y España en el marco de la lucha contra el delito en la Organización de las Naciones Unidas”, del profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Caviedes Estanislao Escalante-Barreto (Doctorando en Derecho Ph.D y Magíster en Estudios de Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca, Magíster en Derecho y Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Pedagogía y Docencia Universitaria). Este artículo se enmarca en la discusión sobre la lucha contra la delincuencia organizada a nivel transnacional, de esta manera revisa cómo se han construido formas de control, investigación y criminalización de un enemigo común, derivado de la delincuencia más grave perseguida en los últimos años. El análisis que se presenta busca dilucidar el sentido y contenido de la categoría “organización criminal”, de manera que su adecuada comprensión permita diferenciarla de la coautoría, al tiempo que se valora críticamente el tratamiento de un problema práctico derivado del exceso de normativización de la dogmática penal.

En cuarto lugar, se ubica el artículo intitulado “El tratamiento legal de la violencia del narcotráfico como actos terroristas y su vinculación con la delincuencia organizada transnacional”, del profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Omar Huertas Díaz (Especialista en Derecho Penal, Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Candidato a Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional), el profesor de la Universidad Autónoma de Morelos, Juan Manuel Gómez Rodríguez (Doctor en Derecho comunitario europeo por la Universidad de Castilla la Mancha, España, Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia por la Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación) y Christian Benítez Núñez (Doctorando en Derecho y Globalización, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos). Este artículo busca analizar los vínculos entre terrorismo, narcotráfico y delincuencia organizada transnacional mediante el uso de una metodología deductiva y analítica. Se analiza en primer término, los antecedentes normativos del terrorismo, el narcotráfico y la delincuencia organizada transnacional, para de ahí explorar las deficiencias de los sistemas institucionales nacionales, problemas como la corrupción y la economía informal son considerados como factores decisivos en esta problemática. Así mismo, se examina el enfoque de lucha contra el terrorismo y su influencia en América Latina para la militarización de la lucha contra el narcotráfico. Finalmente se explora el papel de la Declaración de

Seguridad de las Américas de la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS y su concepto de “Seguridad Humana” hemisférica, y el efecto que tiene la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional a nivel regional en Latinoamérica.

Ulteriormente, se presenta el artículo “El peculado por comisión por omisión en Colombia”, del profesor de la Universidad del Rosario, Jorge Arturo Abello Gual (Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte; Magister en Derecho Penal de la Universidad de los Andes). En este artículo se hace un análisis jurídico y dogmático de las posibilidades jurídicas y fácticas de admitir la configuración de un peculado por comisión por omisión, partiendo del artículo 25 del Código Penal colombiano. Para lo cual se ha elaborado un acercamiento conceptual sobre la existencia de la conducta punible del “peculado por comisión por omisión”, partiendo de las previsiones normativas del estatuto penal colombiano y de los presupuestos jurídicos para su posible configuración.

A continuación, se presenta el artículo “Discrecionalidad, ciencia y sistema del derecho penal”, del profesor de la Universidad Sergio Arboleda, André Scheller D’Angelo (Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (Esp.) Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia). Dentro de este artículo se pone en duda la existencia como tal de una ciencia penal con su respectiva sistematicidad, ello a consecuencia de la discrecionalidad judicial, la cual se presenta en la actividad permanente en el derecho general y en el derecho penal, ello genera una ruptura entre el concepto jurídico penal y el término ciencia. La discrecionalidad judicial, por ende, hace ver difuso el sistema querido en las regulaciones punitivas, lo que de contera genera la acientificidad del concepto y lo que a su vez, representa una verdadera calamidad para el derecho penal: su ilegitimidad.

Seguidamente, el artículo “Elementos y trámites procesales en el código nacional de policía y convivencia, ley 1801 de 2016”, del candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Baja California, Erwin Leonardo Niño Ochoa (Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Probatorio de la U. Católica de Colombia, Especialista en Dirección de Recursos Humanos y Carrera Administrativa de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Magister en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales Contemporáneos del Instituto De Altos Estudios Para el Desarrollo, Magister en Investigación Social Interdisciplinaria de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas). Este texto tiene como objeto principal describir los lineamientos procesales generales del Código Nacional de Policía y Convivencia, y en especial el trámite del proceso único de policía en sus dos vertientes, el proceso verbal de aplicación inmediata y el proceso verbal abreviado. Lo precedente como

consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 1801, con lo cual se termina un periodo de más de cuarenta y seis años en el cual se privilegió la división tradicional dentro de la dogmática del Derecho de Policía.

A continuación, se encuentra el artículo “La conciliación no es justicia”, del profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Harbey Peña Sandoval (Abogado y Mediador, Magíster en Análisis y Resolución de Conflictos). Este artículo analiza cómo en Colombia y gran parte de los países latinoamericanos la conciliación o mediación ha sido diseñada como un método alternativo de solución de conflictos (MASC). Como parte fundamental en la conceptualización de la conciliación como un MASC está el hecho de entenderla como un método previo, anexo, o como su nombre lo indica, alternativo al sistema de justicia. El presente artículo busca analizar las relaciones que existen entre la conciliación y la justicia con la finalidad de sustentar la hipótesis que la conciliación no es justicia o una forma de ella.

Finalmente, el profesor de la Universidad Nacional de Colombia Héctor Enrique Quiroga Cubillos (Abogado Universidad Nacional de Colombia, doctor en Derecho Derecho Universidad Complutense de Madrid) presenta el texto titulado “*El estado de la ciencia del derecho procesal en Colombia*”. El texto defiende la tesis según la cual el estado de la Ciencia del Derecho Procesal en Colombia no puede construirse a partir de los trabajos de doctrinantes en la materia, ni sobre los textos legales, sino a través de la jurisprudencia constitucional, que se ha desarrollado a partir de la Constitución Política de 1991.

De esta forma, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia pone a disposición de la comunidad académica nacional e internacional, un nuevo número de *Pensamiento Jurídico*, con el ánimo de contribuir a los debates actuales del mundo del derecho penal y la justicia, y en esta ocasión, de manera especial con el derecho en la aplicación de la normatividad.

BERND MARQUARDT

Director *Revista Pensamiento Jurídico*

EL PRIMER CÓDIGO PENAL SISTEMÁTICO DE LA MODERNIDAD TEMPRANA EUROPEA: LA CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA DE 1532

THE FIRST SYSTEMATIC CRIMINAL CODE OF EARLY EUROPEAN MODERNITY: THE CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA OF 1532

*Bernd Marquardt**

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2017

Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2017

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar el primer código penal y procesal de la Europa latina con un carácter completo, sistemático, abstracto y estructurado dogmáticamente, llamado en latín por el Sacro Emperador Romano Carlos V —Carolus— *Constitutio Criminalis Carolina* o, en breve, *la Carolina*¹. Se descubrirá, por una parte, algunos rasgos de modernización significativos, característicos del período del Renacimiento

y, por otra parte, una enorme diferencia cultural por la bestialidad e irracionalidad del derecho penal de la *Modernidad temprana*.

Se iniciará con la introducción teórica-metodológica. El segundo subcapítulo se dedicará a la relación entre el derecho penal y la consolidación del Estado judicial de la paz interna, en el tercero se profundizarán los inicios del Estado legislador que trasladó el derecho celestial inmodificable a la esfera humana en la tierra. En cuarto lugar, se discutirán

* Profesor asociado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es fundador y director del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado (A1). Doctorado summa cum laude (1999) en derecho, Post-doctorado (2000) y segundo Doctorado Superior (la Habilitation centroeuropea, 2003) de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister (Staatsexamen, 1995) y abogado de la Universidad de Göttingen en Alemania. Ha enseñado, entre otros, en los posgrados de las Universidades de Sankt Gallen en Suiza, Linz en Austria y Nacional en Bogotá. Es experto en Derecho constitucional, Historia y teoría constitucional, Teoría del Estado, Historia del Derecho y Derecho ambiental. Tiene 165 publicaciones, con 21 libros, incluyendo Historia constitucional comparada de Iberoamérica (2016), Derechos humanos y fundamentales (2015), los cuatro tomos de la Historia mundial del Estado (2012-2014) y La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (2014) correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch.

1 Edición histórica en alemán: *Constitutio Criminalis Carolina, Peinlich Halssgericht, des allerdurchleuchtigsten grossmächtigsten unüberwindlichsten Keyser Carols dess Fünfften und dess Heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichts Ordnung, auff den Reichsstägen zu Augspurg und Regenspurg, in Jaren dreissig und zwey und dreyssig gehalten, auffgericht und beschlossen*, Fráncfort del Meno, Johannem Schmidt 1577; ed. moderna: Friedrich-C. Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, Stuttgart, Reclam, 2000, pp. 24-128.

los delitos tipificados y el sistema de las penas de la *Carolina*. Sigue la quinta sección dedicada al proceso penal inquisitorio, entre el pensamiento mágico y las garantías procesales protegidas por la demanda de nulidad. Sexto, se tratará el alcance de los tres siglos de la *Carolina*. En séptimo lugar, se contextualizará la *Carolina* en perspectiva comparada. En el octavo subcapítulo, se analizará la práctica no tan sangrienta de los señorios jurisdiccionales en los juicios entre vecinos, mientras el noveno mirará al lado oscuro de los procesos de brujería y el *erranticidio*. Sigue el décimo apartado sobre los orígenes de una especie de justicia constitucional con base en la *Carolina*. Undécimo, se preguntará por la reedición de la lógica de la *Carolina* en forma de la *Constitutio Criminalis Teresiana* de 1768. En duodécimo lugar, se debatirán los inicios de la reforma ilustrada del derecho penal a finales del siglo XVIII, para terminar con algunas consideraciones conclusivas.

Palabras clave: *Constitutio Criminalis Carolina*; pena de muerte; proceso inquisitorio; tortura judicial; *erranticidio* judicial; lado oscuro del Estado.

ABSTRACT

This article aims to analyze the first criminal and procedural code of Latin Europe with a complete, systematic, abstract and dogmatically structured, Latin name by the Holy Roman Emperor Carlos V —Carolus— *Constitutio Criminalis Carolina* or, in short, *Carolina*. Some significant features of modernization, characteristic of the age of rebirth and, on the other hand, an enormous cultu-

ral difference due to the bestiality and irrationality of the penal law of early modernity will be discovered.

It will begin with the theoretical-methodological introduction. The second subchapter will focus on the relationship between criminal law and the consolidation of the judicial state of internal peace, in the third will deepen the beginnings of the state legislator who transferred the unchangeable celestial law to the human sphere on earth. Fourth, it will discuss the typified crimes and the system of penalties of the *Carolina*. The fifth section is devoted to the criminal inquisitorial process between magical thinking and procedural safeguards protected by the nullity claim. Sixth, the scope of the three centuries of *Carolina* will be discussed. In the seventh place, the *Carolina* will be contextualized in comparative perspective. In the eighth subchapter, we will analyze the not-so-bloody practice of jurisdictional lordships in neighbors' trials, while the ninth will look at the dark side of witchcraft and *erranticide* processes. It follows the tenth paragraph on the origins of a kind of constitutional justice based on *Carolina*. Eleventh, we will ask for the reissue of the logic of the *Carolina* in the form of the *Constitutio Criminalis Teresiana* of 1768. Twelfth, the beginnings of the enlightened reform of criminal law at the end of the eighteenth century will be debated, to conclude with some conclusive considerations.

Keywords: *Constitutio Criminalis Carolina*; death penalty; Inquisitorial process; Judicial torture; Judicial *erranticide*; Dark side of the state.

1. INTRODUCCIÓN TEÓRICA-METODOLÓGICA: LA PERSPECTIVA SOCIO-CULTURAL, ESTATAL Y TRANSNACIONAL

Esta investigación va a fundamentarse principalmente en el análisis de una fuente primaria normativa de la *Modernidad temprana* de Europa central, en el espejo de otras fuentes primarias y la respectiva bibliografía secundaria. El autor aplicará la *escuela socio-cultural de la historia del derecho* que él mismo ha desarrollado detalladamente en otros lugares². De tal manera, se pretende superar el norma-centrismo de varias escuelas iushistóricas más antiguas, contextualizando el derecho del pasado en su sociedad y cultura concreta, preguntando por las precondiciones y consecuencias, sin limitarse a la historia patria, adoptando un enfoque europeo y comparativo³. En otras palabras, la historia del derecho no es solamente la del texto, sino del texto y su contexto.

Hasta hoy, han predominado en la historiografía del derecho penal del Antiguo Régimen las visiones nacionales, sin tener en cuenta la difusión y transculturación europea con la misma profundidad como ha sido estudiada en el área del derecho civil: por ejemplo, la antigua historiografía patria alemana había interpretado la *Carolina* de 1532 en un contexto étnico, afirmando que este texto normativo simbolizaría el reemplazo de una supuesta tradición jurídica *germánica* por la *romana*⁴. Tal interpretación invisibiliza que un primer nivel del derecho penal del Medioevo europeo —sin raíces en tribus germánicas— fue superpuesto por otro derecho europeo de la *Modernidad temprana* —sin similitudes notables con la Antigüedad mediterránea—. En términos sistémicos, la historia del derecho penal debe ser vista en su interacción estrecha con las olas de consolidación del Estado. Tampoco deben ignorarse las investigaciones dedicadas a la criminalidad histórica. La *Constitutio Criminalis Carolina* del Sacro Imperio Romano Germánico puede considerarse un tema bien investigado en múltiples obras en lengua alemana⁵, acompañadas por algunos pocos estudios

- 2 Comp. Bernd Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016, pp. 21 y ss; Íd., *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013, pp. 16 y ss.
- 3 Véase también Pio Caroni, *La soledad del historiador del derecho, Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, 2ª ed., Madrid, Universidad Carlos III, 2014; Juan J. Almonacid Sierra, *Génesis del derecho comercial colombiano*, Bogotá, UNAL, 2014, pp. 81 y ss.; Michael Stolleis, *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009.
- 4 Comp. el uso excesivo de categorías como “derecho alemán” y “derecho foráneo” en la antigua historia penal de Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo I, *Allgemeine Grundlagen*, reimpr. de la ed. de 1925, Aalen, Scientia, 1971, pp. 159-257.
- 5 Panorama: Richard van Dülmen, *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale der frühen Neuzeit*, 6ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014; Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2013, pp. 203-209; Klaus Geppert, “Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. (die «Carolina»)”, en revista *Juristische Ausbildung*, no. 2, Berlín, de Gruyter, 2015, pp. 143-153; Elmar Geus, *Mörder, Diebe, Räuber*, Berlín, Scripvaz, 2002, pp. 26 y ss; Rudolf Gmür & Andreas Roth, *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*, 14ª ed., Múnich, Vahlen, 2014, pp. 141 y ss; Lukas Gschwend, “Carolina”, en *Historis-*

en inglés e italiano⁶, pero en idioma castellano se trata todavía de una especie de *terra incognita*⁷ a la cual quiere entrar este artículo.

ches Lexikon der Schweiz, de 15 de febrero de 2005, <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8949.php> (18.2.2017); Susanne Hähnchen, *Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2016, pp. 275-279; Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte, Ius Communitatis*, 4ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, pp. 424-428; Christoph Hinkeldey & Wolfgang Schild & Friedrich Merzbacher, *Justiz in alter Zeit*, Rothenburg ob der Tauber, Kriminalmuseum, 1989, pp. 7-350; Rudolf Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Viena, Böhlau, 1996, pp. 424-430; Karl Kroeschell & Albrecht Cordes & Karin Nehlsen-von Stryk, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, 9ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008, pp. 293-305; Peter Landau & Friedrich-C. Schroeder (Eds.), *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1984; Adolf Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, 6ª ed., Berlín, de Gruyter, 2006, pp. 130-144; Rolf Lieberwirth, “Constitutio Criminalis Carolina”, en Albrecht Cordes *et al.* (Eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlín, Schmidt, 2008, pp. 885-990; Harald Maihold, “«kauf lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen» – Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532”, en revista *ius.full, Forum für juristische Bildung*, no. 2, Zürich, Schulthess, 2006, pp. 76-86; Peter Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte, Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2015, pp. 207-215; Íd., “Constitutio Criminalis Carolina”, en Friedrich Jaeger *et al.*, *Enzyklopädie der Neuzeit Online*, 2014, http://dx.doi.org/10.1163/2352-0248_edn_a0680000 (18.2.2017); Hinrich Rüping & Günter Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, pp. 40-47; Wolfgang Scheffknecht, *Scharfrichter*, Constanza, UVK., 1995, pp. 30 y ss; Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, pp. 122-135, 139-144; Mathias Schmoeckel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, Colonia, Böhlau, 2005, pp. 246-249; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, *op. cit.*, pp. 131-215; Klaus-P. Schroeder, *Vom Sächenspiegel zum Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 39-62; Wolfgang Sellert, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, tomo 1, Aalen, Scientia, 1989, cap. 4-5; Marcel Senn, *Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Zürich, Schulthess, 2007, pp. 99 y s; Michael Ströhmer, “Carolina (Constitutio Criminalis Carolina, CCC), Die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. im Kontext der frühneuzeitlichen Hexenprozesse”, en *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung*, 2003, https://www.historicum.net/themen/hexenforschung/lexikon/sachbegriffe/artikel/Carolina_Constitutio_Criminalis_Carolina_CCC/ (18.2.2017); Elmar Wadle, *Verfassung und Recht, Wegmarken ihrer Geschichte*, Viena, Böhlau, 2008, pp. 51-66; Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, 4ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014, pp. 384-394. Obras antiguas con muchos detalles útiles, pero con varias evaluaciones problemáticas fuera del estado del arte: Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, *op. cit.*, pp. 159-257; Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., Berlín & Leipzig, de Gruyter, 1927, pp. 39-48; Albert Meier, *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiet der heutigen Schweiz*, Berna, Universidad (tesis doctoral), 1910; Gustav Radbruch, “Zur Einführung in die Carolina & Der Raub in der Carolina”, en Íd., *Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001 (originalmente de 1930-1931), pp. 315-356.

6 En inglés: Ludwig von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, Boston, Little, Brown & Company, 1916 (nueva ed. de 1999, título original en alemán: *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Berlín, Weidmannsche Buchhandlung, 1882, con muchas evaluaciones anticuadas), pp. 215 y ss; Richard J. Evans, *Rituals of retribution, Capital punishment in Germany 1600-1987*, Oxford, University Press, 1996; John H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, England, Germany, France, 2ª impr., New Jersey, Clark, 2007, pp. 167-208. En italiano: *Ettore Dezza, Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, University Press, 2013, pp. 39-48.

7 Hay referencias breves, sin desarrollo de la temática en: Guillermo Floris Margadant S., *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 2013, pp. 220 y s; Francisco Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 112 y 155; Fabio Espitia Garzón, *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado, 2004, p. 672. Por su parte, Beatriz Bernal Gómez, *Historia del derecho*, México, Eds. Nostra & UNAM, 2010 presenta un capítulo sobre Alemania en el siglo XVI (pp. 145 y s), pero no detecta la *Carolina*. Ya es anticuada la traducción de un texto alemán escrito más de medio siglo antes: Hellmut von Weber, “La Constitutio Criminalis Carolina de 1532”, en revista *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, no. 86, Madrid, Dykinson, 2005 (título original en alemán: “Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.”, en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, GA, vol. 77, núm. 1, Viena, Böhlau, 1960, pp. 288-310), pp. 125-137.

2. DERECHO PENAL Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO JUDICIAL DE LA PAZ INTERNA

En primer lugar, se considera oportuno subrayar que la *Constitutio Criminalis Carolina* fue un elemento inmanente de la transformación cualitativa del Sacro Imperio Romano Germánico medieval en un *Estado judicial de la paz interna*, llevado a cabo por varias leyes fundamentales entre la *Paz eterna en la tierra* de 1495 y la *Paz religiosa y territorial de Augsburgo* de 1555.

Ya cuatro siglos antes, las *paces territoriales* de 1103 a 1224 construyeron el nexo entre la paz y el derecho penal, cuando se dedicaron a la estatalización originaria del derecho penal hasta entonces compensatorio e inter-familiar y buscaron superar la venganza mediante la definición de catálogos de delitos y de sus respectivas penas⁸. En ese entonces, el Sacro Emperador Romano profundizó su función como juez supremo y monopolizó la facultad de ordenar la pena de muerte mediante la institución jurídica del *bando* (*bannum*) para juzgar sobre la sangre, con el cual delegó el *derecho cesáreo* de la pena capital a vasallos selectos mediante la técnica jurídica del privilegio, con la consecuencia de la diversificación del derecho penal en la multitud de los derechos particulares⁹.

De todos modos, la pacificación fundamental prevista por la *Paz eterna en la Tierra* de 1495¹⁰ y la respectiva creación del monopolio de la violencia legítima del Estado imperial, se adscribió al lema *paz a través del derecho*, incluyendo el penal¹¹. La paz requirió de la superación de la apariencia de la arbitrariedad, inmanente a la diversificación del bando imperial de la sangre en las miles de costumbres penales locales que se unieron sólo simbólicamente en la categoría del derecho cesáreo. Ahora, la unificación y modernización del derecho penal apareció como una tarea de primer rango. El artículo 104 de la *Carolina* expuso la justificación del “amor a la justicia” y de la “utilidad pública”.

- 8 *Mainzer Reichsfriede Heinrichs IV, Paz imperial de Maguncia de Enrique IV* de 1103, ed. por Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 1, Bis 1250, 13ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008, pp. 205-206; *Reichsfriede Friedrichs I, Paz imperial de Federico I* de 1152 & *Treuga Henrici, Reichsfriede Heinrichs (VII), Paz imperial de Enrique (VII)* de 1224, ed. por Karl Zeumer (Ed.), *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 1ª parte, *Von Otto II. bis Friedrich III.*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1913, pp. 7-8, 48-50.
- 9 En alemán: *Blutbann*. Comp. Heiner Lück, “Hochgerichtsbarkeit”, en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 2, op. cit., pp. 1055-1059.
- 10 *Ewiger Landfriede, Paz Eterna en la Tierra* de 1495, ed. por Johann J. Schmauß & Heinrich Chr. von Senckenberg (Eds.), *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, reimpr. de la ed. de Fráncfort del Meno de 1747, Osnabrück, Zeller, 1967, pp. 3-6.
- 11 Bernd Marquardt, *Ius contra bellum, La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público –interno e internacional–*, *Recorrido del último milenio*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2017, pp. 46 y ss; Íd., *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, op. cit., pp. 47 y ss.

3. INICIOS DEL ESTADO LEGISLADOR: DEL DERECHO CELESTIAL AL DERECHO HUMANO EN LA TIERRA

De igual forma, puede reconocerse en los 219 artículos de la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 una manifestación de la primera ola de consolidación del Estado legislador. Típicamente, las civilizaciones pre-ilustradas y pre-industriales partieron del origen celestial del derecho, predeterminado por la voluntad divina y no por la del ser humano, comprobado por la tradición desde tiempos casi eternos, es decir, el concepto de un poder legislativo no era aún pensable. Tampoco la primera ola europea hacia el derecho escrito en el siglo XIII había podido superar estas limitaciones sistémicas, de modo que el *Espejo Sajón* de aproximadamente 1225 se presentó a sí mismo como una mera compilación del derecho consuetudinario preexistente¹² y la *Paz territorial de Maguncia* de 1235 sólo funcionó como una auto-obligación entre nobles presentes que juraron personalmente a la norma, pero no como una ley abstracta y general bajo el deber fundamental de la sociedad de cumplir¹³.

La cultura jurídica del siglo XVI superó estas limitaciones bajo la influencia de cuatro factores: primero, el Estado desarrolló una institucionalidad entendida como capaz y legítima para legislar, precisamente el bipolarismo institucionalizado entre el polo monocrático y la asamblea representativa, es decir, en el nivel central colaboraron el Sacro Emperador Romano y las tres curias de la asamblea imperial según procedimientos acordados; segundo, la *cientificación* del pensamiento jurídico en las facultades de derecho de las Universidades imperiales y papales¹⁴, sirvió para entender el derecho cada vez más como una creación humana con calidades más o menos aptas para dirigir una sociedad en vez de una entrega estática del cielo y de la tradición; tercero, la innovación tecnológica de la *imprensa de tipos móviles*, desarrollada alrededor de 1450 por el herrero alemán Johannes Gutenberg de Maguncia, posibilitó publicar leyes en grandes tirajes, de modo rápido, con una identidad exacta de las copias sin

12 *Der Sachsenspiegel, Espejo Sajón* de aprox. 1225, comp. por Eike von Repgow, ed. por Clausdieter Schott, Zürich, Manesse, 1984. Comp. Bernd Marquardt, “El Espejo Sajón de 1225, Derecho público del Medioevo europeo en imágenes”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 43, Bogotá, UNAL, 2016, pp. 17-58, 20 y ss.

13 *Mainzer Reichslandfriede, Paz Territorial de Maguncia* de 15 y 21 de agosto de 1235, ed. por Arno Buschmann, *Kaiser und Reich, Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches in Dokumenten*, tomo 1, Baden Baden, Nomos, 1994, pp. 80-103.

14 *Cientificación (Verwissenschaftlichung)* es un concepto del historiador del derecho Franz Wieacker en *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996 (traducción en español: *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Granada, Ed. Comares, 2000), pp. 124 y ss, que reemplazó la antigua teoría de la “recepción del derecho romano” –extranjero– por esta visión de la transformación jurídica de Europa en la era del renacimiento. Sobre las Facultades de Derecho del siglo XVI: Karl Heinz Burmeister, *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich*, Wiesbaden, Pressler, 1974, pp. 31 y ss.

errores y también por un precio moderado, para que llegaran ahora a un gran círculo de destinatarios¹⁵; cuarto, el cambio a una lengua propia del conjunto normativo en vez del latín europeo y de los dialectos locales —en el caso de la *Carolina* el nuevo alemán estándar de las instituciones imperiales— contribuyó a aumentar la reputación de esta norma que buscó ser entendible para todos. Todavía no apareció la denominación “ley”, sino que la *Carolina* fue nombrada en latín *constitutio* —lo constituido normativamente, por supuesto no el sentido del posterior derecho constitucional— y en alemán “ordenanza” (*Ordnung*), porque ordenaba una materia confusa.

Inmediatamente después de la promulgación de la *Paz eterna en la tierra* de 1495, la asamblea imperial en proceso de consolidación institucional, se aprovechó de su reunión en Friburgo de Brisgovia en 1498 para plantear la necesidad de una reforma penal, retomando la multitud de las quejas sobre detenciones y ejecuciones arbitrarias¹⁶.

Este estímulo fue adoptado, primero, por el emperador Maximiliano en persona, que elaboró en 1499, con el consenso de la asamblea representativa regional del condado principesco tirolés, la *Ordenanza maleficia¹⁷ del Tirol*, que fue el primer código penal modelo de lengua alemana con un alcance regional¹⁸. Siguió un principado vasallo, el obispado de Bamberg en Franconia, gobernado por el príncipe-obispo Jorge III Schenk von Limpurg, quien dejó elaborar una “reformación” penal y procesal denominada *Constitutio Criminalis Bambergensis¹⁹*, sin olvidar indicar en el preámbulo el poder de la majestad romano-imperial en el fondo. Este texto de 1507 fue preparado decisivamente —pero no de modo individual— por el presidente de la corte

15 Véase Timo Holzborn, *Die Geschichte der Gesetzespublikation*, Berlín, Tenea, 2003, pp. 29 y ss.

16 Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., pp. 144 y s; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., p. 77; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., p. 132.

17 De lat. *maleficium* = crimen. Quiere indicar los delitos graves de la esfera del *bando de la sangre*. La expresión jurídica no debe ser limitada al significado de *maleficium* en el sentido de la magia negra.

18 *Ordenanza maleficia del Tirol, Tiroler Malefizordnung* de 1499, ed. por Gerhard Köbler, *Fontes*, <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/TirolerMalefizordnung1499.pdf> (19.2.2017). Comp. Martin P. Schennach, *Gesetz und Herrschaft, Die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols*, Colonia, Böhlau, 2010, pp. 482 y ss.

19 *Bambergische Halsgerichts Ordnung (Constitutio Criminalis Bambergensis)*, Bamberg, Hans Pfeil, 1507, ed. por Universidad de Mannheim, <http://www.uni-mannheim.de/mateo/desbillons/bambi.html> (18.2.2017). Comp. Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 207 y ss; Andreas Deutsch, “Bambergische Halsgerichtsordnung”, en *Historisches Lexikon Bayerns*, de 28.9.2010, https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bambergische_Halsgerichtsordnung (18.2.2017); Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., pp. 50 y ss.

regional de Bamberg, Johann von Schwarzenberg (1463-1528)²⁰. Este último no fue jurista universitario, sino un profesional formado en la práctica judicial y administrativa. La *Bambergensis* se difundió en el Imperio mediante la imprenta de tipos móviles, por ejemplo en las tres ediciones de Maguncia de 1508 y otra en 1510. En el preámbulo, se detecta la finalidad didáctica de educar a los jueces locales no letrados en un derecho penal que sirve efectivamente para el bien común.



Figura 1. El derecho penal del Renacimiento: se ve la muerte estatal por la rueda y la espada del verdugo.²¹

Buscando las fuentes, puede decirse que los autores de la *Bambergensis* se orientaron, en la parte procesal, en una lógica sistémica que se originó en el derecho espiritual común de Europa, el *derecho canónico* de la Iglesia romana. De igual forma, se fundamentaron en las premisas y características del derecho

20 Sobre Schwarzenberg: Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 145; Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 165 y ss; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., pp. 293 y s; Laufs, *Rechtentwicklung in Deutschland*, op. cit., pp. 135 y s; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., pp. 139 y s; Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., pp. 47 y ss.

21 Fuente: Ilustración *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507.

penal “común” que se había difundido, de modo consuetudinario, a partir de las paces territoriales de los siglos XII y XIII, sistematizando las mismas en un solo texto bajo la eliminación de contradicciones y abusos. Por ejemplo, el sistema de las penas se había consolidado por dicha tradición de cuatro siglos. Además, tuvieron en cuenta varias obras científicas que estaban de moda en ese entonces, en particular el *Tractatus de maleficiis* del juez Alberto Gandinus (aprox. 1250-1310) de la Italia imperial²² y el *Espejo de las demandas* (Klagspiegel), elaborado por el jurista suabo Conrad Heyden alrededor de 1436²³. Asimismo, se considera plausible una cierta influencia del único código penal elaborado del Medioevo europeo, la *Partida Séptima* de Castilla del siglo XIII, con 363 artículos, “que habla de todas las acusaciones y malfetrías que los hombres hacen por las que merecen recibir pena”²⁴ y que alcanzó, en el siglo XVI, su cénit de autoridad, pues tanto la sucesión de los Habsburgo alemanes en Castilla a partir de 1506 como los consejeros castellanos de Carlos V y varias similitudes en las lógicas penales y procesales sostienen esta hipótesis, aunque faltan todavía investigaciones detalladas al respecto.

De todas maneras, la influencia textual de la *Bambergensis* fue transmitida al nivel central del Imperio mediante los nuevos cargos administrativos de Schwarzenberg, quien ascendió a la función de consejero imperial en 1521 y asumió otras funciones centrales para Carlos V durante los primeros años del nuevo Emperador. Fueron elaborados varios borradores del futuro código penal imperial en 1521, 1524 y 1529 que se discutieron en la Asamblea Imperial, hasta que el cuarto proyecto, presentado en la asamblea imperial de Augsburgo de 1530, fue aprobado dos años después por la subsiguiente asamblea de Ratisbona y sancionado por Carlos V²⁵. Si se compara la ley imperial con la *Bambergensis*, se detecta una multitud de artículos idénticos, mientras la estructura es diferente. En 1533, apareció la primera impresión de la *Carolina* en Maguncia.

- 22 Hermann Kantorowicz, “Leben und Schriften des Albertus Gandinus”, en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, RA, vol. 44, no. 1, Weimar, Böhlau, 1924, pp. 224-358.
- 23 Andreas Deutsch, *Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2004.
- 24 *Siete Partidas* del Reino de Castilla y León de 1256/1265, ed. por Real Academia de la Historia, 3 tomos, Madrid, Imprenta Real, 1807. Comp. Bernal Gómez, *Historia del derecho*, op. cit., pp. 97 y s; Alberto du Boys, *Historia del derecho penal de España*, Madrid, Imprenta de J.M. Pérez, 1872, pp. 202 y ss; Margadant S., *Panorama de la historia universal del derecho*, op. cit., pp. 188 y s; Manuel Torres Aguilar et al., *Manual de historia del derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 2015, p. 142.
- 25 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 172 y s; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., p. 294.



Figura 2. La portada de la Constitutio Criminalis Carolina de 1532 con el águila bicéfala del Sacro Imperio Romano en la edición de 1577.²⁶

Cabe destacar que, en el preámbulo de la *Carolina*, aparece todavía la *cláusula salvatoria* que declara la ley imperial como subsidiaria frente a las costumbres establecidas, aparte de tres contenidos inmediatamente obligatorios, a saber: las garantías procesales, el carácter de las penas como límites superiores y varios abusos explícitamente suprimidos (art. 218). En dicha *cláusula salvatoria*, exigida en particular por los representantes del derecho sajón²⁷, aparece todavía la antigua debilidad estructural del poder legislativo según la cual el Estado no podía libremente modificar la tradición y negarla desde arriba. El siglo XVI logró imponer la validez inmediata de las leyes fundamentales dedicadas a la paz interna y a la organización judicial, pero no pudo romper generalmente la prioridad de los derechos particulares de las entidades más pequeñas. No obstante, la *Carolina* aseguró su carácter vinculante mediante la estrategia del

26 Fuente: *Constitutio Criminalis Carolina de 1532*.

27 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., p. 173; Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 215 y ss.

juramento, pues los jueces sobre la sangre tuvieron que jurar su respeto (art. 3), es decir, se usó la estrategia fuerte de la auto-maldición condicionada con Dios como el vengador de la falsedad. De todas maneras, la *Carolina* fue un éxito: fue interiorizada muy ampliamente en los derechos particulares²⁸ debido a una conjunción de tres factores: primero, la calidad científica y pragmática del texto; segundo, la atribución del origen del *bando de la sangre* a la autoridad del Emperador; tercero, la posterior fama, casi mítica, que ganó Carlos V como el Emperador más poderoso de toda la historia europea, lo que facilitó que la *Carolina* fuera vista, en la memoria de una o dos generaciones posteriores, como una manifestación del antiguo derecho consuetudinario de la tradición eterna.

4. LOS DELITOS Y EL SISTEMA DE LAS PENAS

Los artículos 104-176 de la *Carolina* definen una multitud de conductas como delitos que violaban la esfera pública garantizada. Los delitos con connotaciones religiosas y mágicas eran los más graves, por ejemplo, la blasfemia (art. 106), el perjurio (arts. 107-108) y la hechicería con magia negra (art. 109); sin embargo, la *Carolina* no dejó el conocimiento de estas causas en manos de tribunales eclesiásticos, sino que declaró competente a la justicia ordinaria. A diferencia del artículo 130 de la *Bambergensis*, faltó incluir la herejía²⁹, pues el Sacro Imperio Romano acordó, en 1532, la *Paz religiosa provisional de Núremberg* que aseguró la tolerancia a la minoría luterana, lo que la *Paz religiosa de Augsburgo* de 1555 convirtió en una decisión definitiva³⁰. En la estructura de la *Carolina*, siguen los delitos de falsificación de monedas, sellos o medidas, los delitos sexuales (arts. 116-123)³¹, los delitos contra la seguridad pública (arts. 124-129) incluyendo la traición³², los delitos contra la vida (arts. 130-156) y los delitos contra la propiedad (arts. 157-175). Tampoco se olvidó especificar casos particulares como la muerte por el médico negligente (art. 134), el suicidio (art. 135) y el animal doméstico peligroso (art. 136) o el hurto de madera (art. 168), pescados (art. 169) y bienes eclesiásticos (arts. 171-174). Múltiples delitos incluidos en la *Carolina* coinciden con los de la actualidad, menos los religiosos, mágicos, sexuales y post-mortales.

A diferencia de los catálogos gruesos de las *paces territoriales* de 1103 a 1224 o del estilo casuístico de las normas penales del *Espejo Sajón* de aproximadamente

28 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 142 y s.

29 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., p. 180.

30 *Paz territorial y religiosa de Augsburgo* de 1555, digitalizado por Bayerische Staatsbibliothek, <http://daten.digital-sammlungen.de/~db/bsb00001441/images/index.html> (31.1.2017).

31 Isabel V. Hull, *Sexuality, State, and Civil Society in Germany, 1700-1815*, Ithaca & Landres, Cornell University Press, 1996, pp. 61 y ss.

32 A diferencia del art. 132 de la *Bambergensis*, no se elabora explícitamente la *lesa majestad* contra el Emperador, aunque el art. 218 parte de su existencia; Philip Czech, *Der Kaiser ist ein Lump und Spitzbube*, Viena, Böhlau, 2010, p. 35

1225³³, el lector detecta en la *Carolina* el nuevo estilo de definición de delitos, con características detalladas y diferenciaciones finas entre conductas, en vez de la mera mención sumaria de una conducta reprochable. La *Carolina* buscó establecer una nueva precisión de los elementos del delito, pese a que algunos delitos y/o sus penas quedaron todavía indefinidos por la remisión a la tradición (p. ej. art. 120).

De igual forma, la *Carolina* se dedicó a la dogmática penal y alcanzó incluso una primera aproximación a una especie de “parte general”, en particular contenida en los artículos 139-156 y 177-179³⁴. En este marco, promovió la responsabilidad penal por culpabilidad (art. 179), superando la visión medieval de la responsabilidad fundamentada en el resultado (p. ej. la persona muerta). Se reconoce la diferenciación entre dolo y negligencia, bajo la impunidad de los delitos sin culpa (art. 146), además el privilegio para el crimen pasional cometido en estado de ira momentánea (art. 137) y en los casos de fuerza mayor dada por una situación de hambre irresistible (art. 166), con un sentido social. De igual forma, introdujo la tentativa del delito (art. 178), la complicidad y asistencia (art. 177), el problema de la imputabilidad por edad o locura (art. 179), la legítima defensa (arts. 139-145), el delito juvenil para el cual se previeron sanciones más suaves —por ejemplo para los ladrones con menos de 14 años de edad (arts. 164 y 190)— y promovió la consideración de las circunstancias particulares del caso y del delincuente (art. 104)³⁵.

A diferencia del posterior derecho penal de tipo ilustrado, la *Carolina* no prohibió la analogía. En vez de la máxima *nulla poena sine lege*, la analogía fue permitida por el artículo 105³⁶. No obstante, según su ideal de combatir la arbitrariedad penal, definió sus sanciones como límites superiores, quitándoles la potestad a los jurados locales de agravar la pena.

Un buen ejemplo de la modernidad relativa de la *Constitutio Criminalis Carolina*, puede reconocerse en el delito de adulterio, en cuanto la norma rompió con el castigo unilateral de las mujeres infieles. Más bien, mediante una de las primeras

33 Marquardt, *El Espejo Sajón de 1225*, op. cit., pp. 44 y ss.

34 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 204 y ss; Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, op. cit., pp. 143 y ss; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., p. 79 y s; Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., p. 53.

35 Brigitte Stump, «Adult time for adult crime», *Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Sanktionierung junger Straftäter*, Godesberg, Forum, 2003, pp. 23 y s.

36 Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 146; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., p. 79.

normas de la historia del derecho sobre la igualdad entre los géneros, introdujo el tratamiento equivalente de hombres y mujeres (art. 120).



Figura 3. Las diversas penas de muerte y corporales del siglo XVI según una ilustración de la: en la línea arriba: cortar oreja en la picota, ahogar, quemar y ahorcar; en la mitad: eviscerar y cegar; en la línea abajo: lapidar, decapitar, enrodar y cortar mano.³⁷

Por otra parte, la *Carolina* retomó el estilo penal común de la baja Edad Media y de la *Modernidad temprana*, caracterizado por el historiador del derecho Eberhard Schmidt como “una crueldad cerca a la bestialidad [...] una severidad brutal”³⁸, y por su colega Richard van Dülmen como el “teatro del terror”³⁹. En el sistema de las sanciones, se prevé una diversidad de medidas que pretendía tener en cuenta la gravedad del delito y que diferenciaba las penas según el grado de dolor y deshonor que causarían. Predominaron las penas de muerte, las corporales, las de honor y la de destierro. También fueron definidas diversas penas que concretaron el núcleo del *bando imperial de la sangre*. Se previó, por ejemplo, la decapitación mediante la espada del verdugo para violadores sexuales (art. 119), para los atracadores con fuerza (art. 126) y para los rebeldes (art. 127); el ahorcamiento para casos de hurtos de bienes en casa o en serie

37 Fuente: Obra privada *Espejo para los legos* (Laienspiegel) de 1509.

38 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 95 y s.

39 Dülmen, *Theater des Schreckens*, op. cit., título.

(arts. 159 y 162); la desmembración⁴⁰ para la traición (art. 124); la rotura del cuerpo mediante la rueda para los asesinos intencionales (art. 137); la hoguera para los hechiceros (art. 109), falsificadores de monedas (art. 111), homosexuales (art. 116) y pirómanos (art. 125); el ahogamiento o el entierro prematuro para asesinatos mediante veneno e infanticidios cometidos por autoras femeninas (arts. 130-131); el castigo reflectante de la amputación de los dedos usados para el juramento en casos de perjurio (art. 105)⁴¹; la picota para los proxenetas (art. 123) o la multa para el hurto menor (art. 157)⁴². En cuanto a la rueda, hay que diferenciar entre dos modos de ejecución: la menos dolorosa con el primer golpe al cuello y la excesivamente dolorosa, en la cual el delincuente era testigo de la destrucción de sus brazos, piernas y columna y sobrevivía, a veces, algunas horas adicionales cuando era amarrado a la rueda elevada algunos metros por encima de la tierra⁴³. Fue posible agravar algunas penas, arrastrando con un caballo al delincuente que era conducido a la ejecución (art. 193) y pellizcándolo con pinzas de hierro ardientes (art. 194).

Jugó un papel importante la teoría de las penas honorables y no honorables, que se derivaban de la creencia de la época en que la espada de la ejecución no impedía necesariamente la entrada del alma a la vida eterna en el más allá⁴⁴, mientras que las demás penas de muerte destruían también el alma del malhechor. Por lo tanto, fue viable la práctica de conceder un indulto de una pena de muerte a otra. En cambio, la privación de la libertad no era ninguna pena ordinaria, sino que se limitaba a la detención mientras se adelantaba la investigación y a los casos de detención preventiva de algunos pocos delincuentes privilegiados (arts. 176, 195); a corto plazo, era usada en reemplazo de la multa para los ladrones menores sin recursos (art. 157). La casi ausencia de la pena estándar actualmente, puede explicarse principalmente por la escasez notoria de alimentos, dentro de un contexto en que se dependía de la energía solar para la producción agraria, limitada inevitablemente por las capacidades de la fotosíntesis, de modo que nadie podía imaginarse que la imposición de una pena implicara asumir una responsabilidad pública de alimentar a los delincuentes durante largos años.

40 Comp. imagen 5.

41 En cambio, la *Ordenanza malefica del Tirol* de 1499 previó la pena de muerte.

42 Sobre las sanciones: Hinckeldey & Schild & Merzbacher, *Justiz in alter Zeit*, op. cit., pp. 327 y ss; Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., pp. 30-100; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., pp. 211 y ss.

43 Véase el uso de la rueda en las imágenes 1, 3 y 6.

44 Comp. el sacerdote presente en este modo de ejecución según las imágenes 1 y 3.



Figura 4. La “estética” típica del siglo XVII: la visualización del señorío —aquí el “Amt” Calenberg de los Güelfos en la Baja Sajonia— está decorada por el lugar de las ejecuciones en el primer plano.⁴⁵

En el ritual de la ejecución pública del condenado, que mostraba la típica apariencia de una fiesta popular⁴⁶, tenía lugar una escenificación plástica de la autoridad del Estado, que se fundamentaba en la inmortalidad del poder y la cercanía del monarca al poder divino sobre la vida y la muerte. No es ninguna casualidad que muchas visualizaciones de los señoríos jurisdiccionales y ciudades de la *Modernidad temprana*, muestren de modo estandarizado la horca como un símbolo orgulloso del poder gubernamental inherente al *bando de la sangre* delegado. De igual forma, el ritual de la muerte pública sirvió tanto para la represión del hecho reprochable como para la neutralización del enemigo social en pro de la seguridad y, además, de modo preventivo para la intimidación de los imitadores potenciales, así de modo evidente en el deber de exponer las cuatro partes del cuerpo desmembrado en un cruce vial (art. 192). En la mentalidad del Antiguo Régimen europeo, la política de paz de la supresión de la venganza de sangre sólo funcionaba cuando la familia de la víctima de un asesinato era complacida con una substitución estatal adecuada y si simultáneamente, era disuadido de vengarse por la amenaza estatal de ser ejecutado de modo igual al asesino.

A pesar de que la *Carolina* parece muy detallada, hay que consultar dos fuentes adicionales para generar un panorama completo del derecho penal imperial de entonces: por una parte, deben tenerse en cuenta los delitos políticos contra la *paz eterna en la tierra*, incluidos en las paces territoriales de 1495, 1521, 1541, 1548 y 1555, en particular, la ruptura de la paz pública (*Landfriedensbruch*), que reemplazaron el anterior *ius ad bellum* de la nobleza y de las ciudades por la

45 Fuente: De Matthäus Merian de 1654.

46 Dülmen, *Theater des Schreckens*, op. cit., pp. 102 y ss.

nueva evaluación de criminalidad grave⁴⁷. Por ejemplo, en 1567, se desmembró públicamente en la plaza mayor de Gotha al noble y transgresor de la paz Guillermo de Grumbach, por su papel en varias guerras internas ilegales⁴⁸.



Figura 5. Derecho penal del enemigo: el desmembramiento del perturbador de la paz Guillermo de Grumbach en 1567⁴⁹.

Por otra parte, debe consultarse la *Ordenanza imperial de policía* del emperador Carlos V de 1530 y sus dos sucesoras de 1548 y 1577⁵⁰, las cuales estipularon un montón de delitos menores, previendo castigos para el lenguaje agresivo, el consumo exagerado de alcohol, la gula, las fiestas excesivas de matrimonio, de bautismo y del año nuevo, la auto-representación vanidosa mediante vestidos, zapatos, pelucas y joyas llamativas, los bailes libertinos, la promiscuidad, los trabajos en el domingo y la ociosidad. La motivación de la llamada *buena policía* osciló entre la promoción de la *paz eterna en la tierra* mediante la supresión de los instintos y afectos negativos y la promoción de la *ética cristiana* para acompañar el camino exitoso del pueblo hacia el fin de la existencia terrenal, la vida eterna en el más allá. La pena más típica en esta esfera fue la multa⁵¹.

47 *Ewiger Landfriede, Paz Eterna en la Tierra* de 1495, op. cit.; *Landfriede, Paz territorial* de 1521, ed. por Schmauß & Senckenberg, *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, op. cit., pp. 179 y ss; *Paz territorial y religiosa de Augsburgo* de 1555, op. cit. Comp. Andreas Roth, "Landfriedensbruch", en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, op. cit., pp. 505-509.

48 Michael Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Berlin & Heidelberg, Springer, 2008, pp. 60 y s.

49 Fuente: grabado en cobre del siglo XVII, lugar: Landesbibliothek Coburg, Alemania, HP-Q 68,47(1-2)#2.

50 *Reichspolizeiordnungen, Leyes imperiales de policía* de 1530, 1548 y 1577, eds. por Karl Härter & Michael Stolleis (Eds.), *Repertorium der Polizeyordnungen der Frühen Neuzeit*, tomo 1, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1996. Comp. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 214 y ss.

51 Véase p. ej. Ernst Ziegler, *Sitte und Moral in früheren Zeiten*, Sigmaringen, Thorbecke, 1991.

5. EL PROCESO PENAL INQUISITORIO: ENTRE EL PENSAMIENTO MÁGICO Y LAS GARANTÍAS PROCESALES PROTEGIDAS POR LA DEMANDA DE NULIDAD

La *Constitutio Criminalis Carolina* no puso en duda el modelo establecido de que la jurisdicción penal estaba en manos de jurados locales, sino que confirmó dicho estándar (arts. 1 y ss, 84) de consejos de siete, diez o doce ancianos. En los señoríos jurisdiccionales del campo —donde vivió el 90% de la población—, pertenecieron, según el principio del indigenato, a la comunidad local misma y no fueron ni juristas ni letrados. Múltiples textos locales, como la *Costumbre* (Landsbrauch) del condado de Hohenems-Vaduz de 1667, precisaron los detalles de trabajo de modo ritualizado y folclórico⁵². En cierto sentido, la *Carolina* fue prevista como un “manual” procesal claro y entendible para estas personas.

En ello, la *Carolina* se dedicó a la ética de los jueces y jurados penales: según la fórmula de juramento en los artículos 3 y 4, tuvieron que aplicar la misma justicia para el pobre y para el rico, sin desviarse por amistad, compasión, pago o regalo. Además, el artículo 205 prohibió la corrupción en forma de aceptación de pagos de eventuales acusadores privados. Tampoco fue posible el rescate del condenado por un pago alternativo.

Como una reminiscencia al pasado, la *Carolina* conservó formalmente la alternativa del proceso acusatorio medieval, que en la práctica se desvirtuaba, porque el demandante tenía el deber de garantizar completamente la seguridad del acusado mediante fiadores, o era sometido a la detención durante la investigación junto con el demandado. Efectivamente, la segunda alternativa fue la más recurrida, en cuanto se consagró la persecución *ex officio* de los delitos normativizados (arts. 6-10). También en la práctica, predominó el proceso inquisitorio derivado del proceso canónico de la inquisición eclesiástica contra herejes⁵³. De tal manera, se concluyó el proceso de la estatalización del derecho penal: el combate contra el crimen, en lo sucesivo, era una tarea del Estado, no de la víctima.

En este marco, la *Carolina* se dedicó a la tarea de reconstruir la *verdad histórica* de los delitos en vez de querer pacificar a las familias de víctimas y victimarios. Por una parte, promovió una des-magificación parcial del proceso penal,

52 *Costumbres del Condado de Vaduz, Ordenanza de la Corte Maleficia* de 1667, en Karin Rogl, *Lands Brauch, oder Erbrecht in der Vaduzischen Grafschaft üblichen, ein Dokument aus dem Jahre 1667 als Grundlage für die landschaftliche Rechtsprechung*, Vaduz, Historischer Verein des Fsm. Liechtenstein, 2002, pp. 46 y ss, 103 y ss.

53 Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 150; Thorsten Guthke, *Die Herausbildung der Strafklage*, Colonia, Böhlau, 2009, pp. 105 y ss; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., pp. 80 y s; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 126.

suprimiendo definitivamente las ordalías, orientadas a invocar la benevolencia divina para determinar la culpabilidad o inocencia —por ejemplo la prueba del brazo en el agua hirviendo— y suprimiendo la práctica del juramento de depuración⁵⁴. Por otra parte, prolongó otro tipo de pensamiento mágico cuando confirmó⁵⁵ la *tortura judicial* como un medio probatorio estandarizado para obtener confesiones por parte de los imputados⁵⁶. Con base en citas bíblicas, hubo una creencia en el potencial de purificación de la confesión. Según el artículo 22, la confesión fue la única prueba permitida al lado de la alternativa de dos testigos (art. 67) que típicamente no fue viable. A través de la *pregunta dolorosa*, se creía poder “ayudar” a la comunicación de la verdad, superando de tal manera el poder de los demonios anidados en el cuerpo y alma del malhechor. Otra explicación de la tortura judicial se enfoca en aspectos tecnológicos, señalando que antes de la Revolución Industrial faltaron prácticamente todas las precondiciones tecnológicas para una criminología científica, es decir, no fue imaginable reemplazar el potro del verdugo por la lupa del criminalista⁵⁷. La tortura probatoria fue aplicada de modo clandestino sin presencia de los comuneros jurisdiccionales y sin diferenciación entre el órgano de investigación y el órgano de decisión. Cuando el interrogado resistía la tortura y se negaba a la confesión, había que absolverlo, aunque tales casos fueron extremadamente raros. La muerte accidental del interrogado fue vista como un error grave del interrogador. No se contempló el riesgo de que el torturado repitiera todo lo que quería escuchar el interrogador, pero no la verdad; el medio de averiguación destruyó la voluntad existencial de la persona que, finalmente, se redujo a querer escapar del dolor insoportable. Por lo menos para el observador actual, es obvia la capacidad desastrosa del modelo para diferenciar entre los autores de delito y las personas inocentes⁵⁸.

54 En cuanto a estas pruebas en el siglo XIII: Marquardt, *El Espejo Sajón de 1225*, op. cit., pp. 44 y ss.

55 La tortura había aparecido en el derecho die Wiener Neustadt de 1221/1230 y en Geldern en 1233. La ola principal de difusión empezó con la *Peste Negra* de 1348; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 91 y ss.

56 Jens Andreas Sickor, *Das Geständnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 116 y ss.

57 Lukas Gschwend, *Justitias Griff zur Lupe*, Graz, Leykam, 2004, pp. 11 y ss.

58 Sobre la tortura según la *Carolina*: Dieter Baldauf, *Die Folter, Eine deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Böhlau, 2004; Hähnchen, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 274 y ss; Franz Helbing, *Geschichte der Folter*, reimpr. de la ed. 1926, Hamburgo, Severus, 2013, pp. 189 y ss; Hinckeldey & Schild & Merzbacher, *Justiz in alter Zeit*, op. cit., pp. 241 y ss; Laufs, *Rechtentwicklung in Deutschland*, op. cit., pp. 139 y ss; Maihold, *Außerblick der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., pp. 82 y s; Peter Oestmann, “Rechtmäßige und rechtswidrige Folter im geheimen Strafprozess”, en Thomas Weitin (Ed.), *Wahrheit und Gewalt*, Bielefeld, Transcript, 2010, pp. 87-110, 92 y ss; Radbruch, *Zur Einführung in die Carolina*, op. cit., pp. 325 y ss; Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., pp. 100 y ss; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 125 y ss; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., pp. 208 y ss; Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., pp. 54 y ss. Para comparar: Francisco Tomás y Valiente, *La tortura judicial en España*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000, pp. 15 y ss.

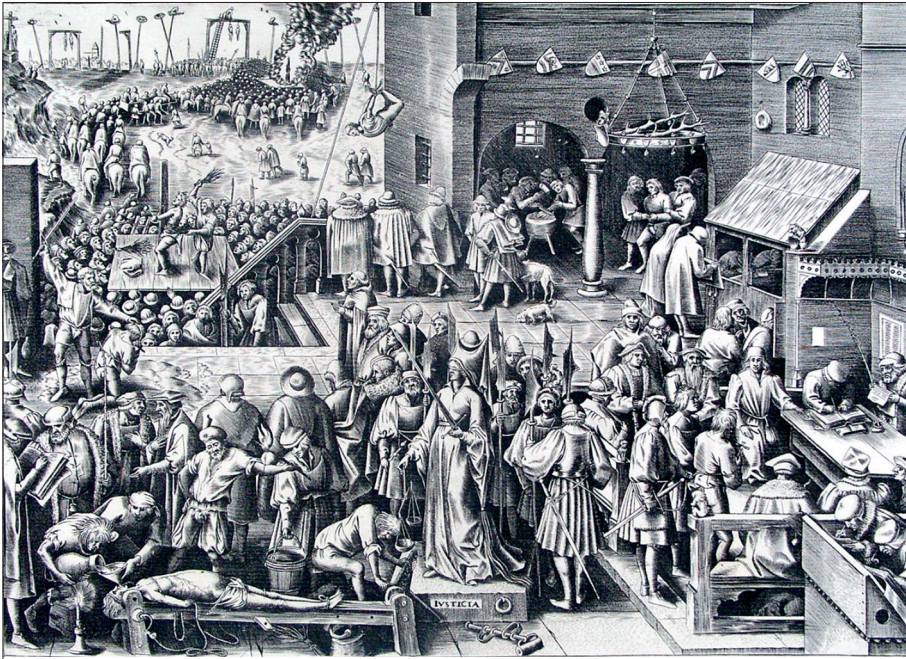


Figura 6. La visualización satírica del derecho penal público en el arte: la Justicia de Pieter Brueghel el Viejo de 1559 muestra dicha virtud ciega y enrodada por la corte urbana de Amberes en el Círculo imperial de Borgoña, diversos métodos de tortura procesal y varias penas de muerte. El comentario del dibujo dice: “El objetivo de la ley es o que el castigado mejore o que por medio del castigo otros se intimiden o que, así, por medio de la represión de los malhechores, los demás puedan vivir más seguros”. Evidentemente, Justicia no cumple⁵⁹.

Es importante subrayar que la *Carolina* no quiso simplemente consagrar prácticas procesales preexistentes, sino que buscó la reforma de las mismas. Se propuso establecer lo que en el horizonte del siglo XVI se entendía como un debido proceso, en la forma de una variedad de derechos fundamentales procesales.

Respecto a la tortura procesal, hay que tener en cuenta que la *Constitutio Criminalis Carolina* no sólo la legitimó como una medida regular para generar pruebas, sino que estipuló paralelamente límites estrechos⁶⁰, en particular: insistiendo en el prerrequisito de que hubiera indicios suficientes (art. 20), como la mala reputación del sospechoso, su presencia en el camino que se dirigía hacia el lugar del crimen, la presencia de vestidos sangrientos, la venta de bienes robados, el embarazo anterior al infanticidio, etc. (arts. 25-26, 33-44). De igual forma, fue prevista la consulta a médicos y matronas como peritos, por

59 *Justitia*; lugar: Bibliothèque Royale, Cabinet Estampes, Bruselas. Interpretación del dibujo: Karl Heinz Burmeister, “La Justicia de Pieter Brueghel el Viejo”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 24, Bogotá, UNAL, 2009, pp. 19-38.

60 Radbruch, Zur Einführung in die Carolina, op. cit., p. 326.

ejemplo en los casos de infanticidio, aborto, negligencia médica, lesión mortal y muerte dudosa (arts. 35-36, 131-134, 147-149), iniciando la línea de la medicina forense. De tal manera, se reservó la *pregunta dolorosa* a contextos en los cuales los indicios fueron muy fuertes —muchas veces comparables con las posibilidades del derecho penal actual de condenar inmediatamente en el fundamento de los mismos—, pero aun así el proceso inquisitorio del Antiguo Régimen no aceptó ninguna condena directa con esta base, sino requirió adicionalmente de la confesión del delincuente, pues la verdad debía ser evidente para todos. La confesión necesitó ser repetida sin que mediara tortura para ser válida (arts. 48 y ss), en particular, en la última fase pública del juicio llamada el *día final del derecho* (endlicher Rechtstag). Sin embargo, sólo se regularon las precondiciones de la tortura, pero no su intensidad, que fue delegada a la conciencia del “juez racional” (art. 58). Indudablemente, esto fue nada menos que la cuadratura del círculo: la simbiosis estrecha entre una especie de estatalidad de derecho y su antítesis, la tortura.

Además, la *Carolina* estableció la protección frente a detenciones arbitrarias (arts. 11 y 218), cuyo origen es muchas veces asociado erróneamente con el posterior *habeas corpus* inglés de 1679⁶¹. A la garantía de un debido proceso conforme a la ley perteneció el derecho a la notificación de la causa de la acusación, la oportunidad de una defensa adecuada, la imparcialidad de los jueces y jurados, la prohibición de pruebas de inocencia a través de ordalías y la proscripción de preguntas sugestivas (art. 56).

En general, la condena no fue apelable, es decir, se partió de una sola instancia penal. Sin embargo, se protegieron las garantías procesales de la *Constitutio Criminalis Carolina* mediante un recurso especial, la *demanda de nulidad*, con la cual se pudieron impugnar violaciones bajo el acceso directo a una de las dos cortes supremas del Sacro Imperio Romano, el Consejo Cesáreo-Imperial Áulico —finalmente en Viena— o la Corte de la Cámara Imperial —finalmente en Wetzlar—⁶². Varios autores han comparado dicha demanda con el *amparo constitucional* moderno, pues con ello se viabilizó la defensa de derechos que hoy son fundamentales frente a abusos del poder público. En múltiples casos, los magistrados apoyaron a víctimas de abusos de la justicia local. De igual forma, la *Carolina* quiso disciplinar a los consejos locales de los jurados mediante la

61 Hermann Baltl, “Oder binnen 24 Stunden freizulassen, Ein Beitrag zur Geschichte des Grundrechts auf persönliche Freiheit”, en Clausdieter Schott & Eva Petrig Schuler (Eds.), *Festschrift für Claudio Soliva*, Zurich, Schulthess, 1994, pp. 9-20, 13 y ss.

62 Bernhard Diestelkamp, *Rechtsfälle aus dem Alten Reich, Denkwürdige Prozesse vor dem Reichskammergericht*, München, C.H. Beck, 1995, pp. 28, 111 y ss, 117 y ss, 126 y ss, 218 y ss; Ralf-P. Fuchs, *Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 1994, pp. 14 y ss; Wolfgang Sellert, *Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht*, Aalen, Scientia, 1965, p. 39.

solicitud de obtener, en casos difíciles y dudosos, el dictamen de una Facultad de Derecho de una Universidad (art. 219)⁶³.

Cabe enfatizar que la *Carolina* no se expresó detalladamente sobre los verdugos como funcionarios especializados en la ejecución y tortura, pero partió de la centralidad de este cargo. Varios estudios especializados muestran la ambigüedad de su estatus. Por una parte, los verdugos fueron considerados personas fuera de la sociedad de los honorables, es decir, según la lógica estamental heredaron su función a sus hijos, necesitaron casarse con hijas de otros verdugos, dispusieron en la taberna de su vaso propio y fue posible condenar a una “mujer caída” al baile público con el verdugo, al estilo de una pena de honor. Por otra parte, nadie conoció mejor el cuerpo humano, de modo que el verdugo fue estimado como médico y cirujano⁶⁴.

6. LOS TRES SIGLOS DE LA CAROLINA

La *Constitutio Criminalis Carolina* fue un éxito en el sentido de servir durante toda la *Modernidad temprana* como el fundamento del derecho penal en el Sacro Imperio Romano, pues fue percibida como apropiada para el combate del Estado contra el crimen. Pese a que la *Carolina* reconoció formalmente su propia subsidiaridad frente a los derechos locales tradicionales, excepto el carácter obligatorio de las garantías procesales y de los castigos máximos, motivó una ola normativizante de los principados regionales, señoríos jurisdiccionales y ciudades que transformaron ahora las costumbres penales en formas escritas e interiorizaron, en este marco, el núcleo de la *Carolina*. Hippel y Schmidt han reconstruido, sin reclamar completitud, una docena de derechos regionales que materializaron, a partir del langraviato de Hesse en 1535, la *Carolina*⁶⁵. Incluso en la zona con la autonomía más amplia dentro del Imperio, Suiza, varios vasallos adoptaron los contenidos claves⁶⁶. A veces, las ordenanzas penales locales sólo se dedicaron de modo ejemplar a algunos delitos considerados centrales: por ejemplo, la *Ordenanza de la corte maleficia* del Condado de Vaduz de 1667 transfirió el delito de la hechicería en un lenguaje menos abstracto y más

63 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 134 y s; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., p. 214.

64 Sobre los verdugos: Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., pp. 13 y ss, 86 y ss, 125 y ss.

65 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 222 y ss; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 142 y s

66 Theodor Bühler, “L'appartenance à l'Empire a-t-elle influencé le droit de la Principauté de Bâle (XIIe-XVIIe siècle)” en Jean D. Morerod et al. (Eds.), *La Suisse occidentale et L' Empire*, Lausana, SHSR, 2004, pp. 359-378, 374 y s; Gschwend, *Carolina*, op. cit.; Meier, *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiet der heutigen Schweiz*, op. cit., pp. 186 y s, 223 y ss, 228; René Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss*, Zürich, Dike, 2007, pp. 122, 215; Anton Philipp von Segesser, *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern*, tomo 4, Lucerna, Räber, 1858, pp. 182 y s, 212 y ss.

folclórico bajo advertencias de ser atento, pero no se dedicó explícitamente a delitos contra la vida, integridad física o propiedad⁶⁷. De todos modos, por su calidad dogmática y su reputación casi mítica de *derecho cesáreo* de los monarcas primarios de Europa, la *Carolina* fue una de las legislaciones más exitosas de entonces: más en las cortes urbanas y en las capitales regionales con jueces universitarios, menos en las cortes rurales de los señoríos locales, donde los jurados campesinos pretendieron defender su visión de aplicar un derecho consuetudinario proveniente de una supuesta memoria eterna. También para la ciencia del derecho penal, la Carolina sirvió como el punto de referencia⁶⁸. En general, sobrevivió hasta la destrucción napoleónica del Sacro Imperio Romano en 1806 e, incluso algunos decenios más, en varios de los Estados sucesores de la primera mitad del siglo XIX.

7. EL CONTEXTO EUROPEO Y MUNDIAL

La variante latina de la *Constitutio Criminalis Carolina*, fue entendible en toda la Europa latina. Fuera del Sacro Imperio Romano, el juez polaco Bartłomiej Groicki elaboró una traducción en polaco en 1559⁶⁹ y el ducado vasallo polaco de Prusia se orientó parcialmente en la *Carolina* a partir de 1620⁷⁰. De igual forma, fue traducida al francés y sirvió, a partir de 1734, como el código penal para las tropas de mercenarios extranjeros del Rey de Francia⁷¹.

En general, puede reconocerse en la *Carolina* al precursor europeo del derecho penal de la era del Renacimiento. En Francia, la *Ordenanza sobre el hecho de la justicia, policía y finanzas de Villers-Cotterêts* de 1539⁷² no fue ningún código penal, sino que se dedicó de modo mixto y breve a múltiples asuntos públicos y contuvo sólo entre otras disposiciones, algunas aclaraciones penales como el reconocimiento de la legítima defensa del artículo 168. En general, Francia esperó un siglo y medio hasta que adoptó con la *Ordonnance criminelle* de 1670⁷³,

67 *Costumbres del Condado de Vaduz, Ordenanza de la Corte Maleficia* de 1667, op. cit., pp. 103 y ss.

68 También el famoso penalista Benedict Carpzov (1595-1666) se fundamentó en la *Carolina*; Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 226 y ss; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., p. 296.

69 Peter Oestmann, “Gemeines Recht und Rechtseinheit”, en Eva Schumann (Ed.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, Berlín, de Gruyter, 2015, pp. 1-50, 30.

70 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 143.

71 Segesser, *Rechtsgeschichte der Stadt und Republic Lucern*, tomo 4, op. cit., pp. 198 y ss.

72 *Ordonnance générale sur le fait de la justice, police et finances, enregistrée au Parlement de Paris le 6 septembre 1539*, ed. por Jacques Lecler (Ed.), *Histoire de la langue française*, http://www.tlfg.ulaval.ca/axl/francophonie/Edit_Villers-Cotterets-complt.htm (20.2.2017). Comp. Benoît Garnot, *La justice et l'histoire, Sources judiciaires à l'époque moderne, XVIe, XVIIe, XVIIIe siècles*, Paris, Ed. Bréal, 2006, p. 129; Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance, England, Germany, France*, op. cit., pp. 243 y ss.

73 *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, pour les matières criminelles, données à Saint Germain-en-Haye au mois d'Août 1670*, Paris, 1670. Véase Garnot, *La justice et l'histoire*, op. cit., p. 137.

un texto que fue, por lo menos en la parte procesal, comparable con la *Carolina*. En Inglaterra, el *estatuto de fianza* de 1554 y el *estatuto de procesamiento* de 1555 tocaron varias dimensiones penales, pero no fueron códigos completos⁷⁴. La única normatividad penal comparable fue la ya citada *Partida séptima* de Castilla, aunque esta conservó muchas lógicas del siglo XIII que requirieron de la interpretación profunda para adaptarlas a la mentalidad jurídica del siglo XVI, así en particular mediante la reedición glosada y actualizada de 1555. En el siglo XVI, la *Partida séptima* se difundió también a los virreinos americanos de la monarquía madrileña⁷⁵. Por su parte, el Libro VII de la *Recopilación de las Indias* de 1680 contuvo más normas complementarias de la *buena policía* que características de un código penal⁷⁶. En cuanto a los rasgos generales, se coincide con Francisco Tomás y Valiente que “el derecho penal de los siglos XVI a XVIII es sensiblemente análogo en todos los grandes países europeos”⁷⁷, aunque con particularidades significativas como la persecución penal de los *herejes* en la Europa mediterránea a manos de tribunales (semi) eclesiásticos⁷⁸ y la de las *brujas* en la Europa noralpina por cortes ordinarias, por lo que el carácter general de una familia jurídica no se fundamentó tanto en supuestas raíces en la antigüedad romana, sino principalmente en el proceso formativo de la cultura jurídica de Europa en los siglos XIII a XVI.

A nivel mundial, el texto más comparable de la *Modernidad temprana* fue el *Código Qing*, elaborado en 1646 por el Imperio Chino con un total de 436 artículos. El enfoque procesal en la confesión de los delincuentes, obtenida por la tortura judicial, parece semejante. Por su parte, el Imperio Otomano del Sultán Solimán “el legislador” (1520-1566) dejó elaborar un montón de *kanunes*, inclusive penales, que se unieron en el *Kanun-Nameh*. Los *kanunes* penales articularon la tendencia a atenuar las interpretaciones duras de la *sharia* religiosa, así por ejemplo en la esfera de los delitos sexuales que se enfocaron en multas en vez de la muerte cruel por la lapidación. A pesar de que dichas normas penales asiáticas conocieron también la tortura y múltiples penas de muerte, la tendencia general parece menos cruel que la europea de entonces⁷⁹.

74 Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance, England, Germany, France*, op. cit., pp. 5 y ss.

75 *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su majestad*, Salamanca, Impr. por Andrea de Portonaris, 1555.

76 Libro VII de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, 2ª ed., Madrid, por Antonio Balbas, 1756, 3ª ed., Madrid, por Andrés Ortega, 1774 (1680). Comp. Heikki Pihlajamäki, “The Westernization of Police Regulation”, en Íd & Thomas Duve (Eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law, Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Fráncfort del Meno, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 97-124, 107 y s.

77 Tomás y Valiente, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 112.

78 Para Hispanoamérica: Antonio M. García-Molina Riquelme, *Las hogueras de la inquisición en México, México*, UNAM, 2016.

79 Bernd Marquardt, *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Bogotá, UNAL, 2014, pp. 72 y ss, 84 y ss; Harro von Senger, “Die Strafe im kaiserlichen China”, en Société Jean Bodin pour l’Histoire (Ed.), *La peine*, tomo 4, Bruselas, De Boeck, 1991, pp. 371-385.

8. LA PRÁCTICA NO TAN SANGRIENTA DE LOS SEÑORÍOS JURISDICCIONALES EN LOS JUICIOS DE VECINOS

Cabe precisar que ningún juez local de la *Modernidad temprana* aplicó la *Constitutio Criminalis Carolina* al estilo de la subsunción de la posterior Ilustración, sino que los señoríos jurisdiccionales del campo continuaron utilizando el antiguo modo jurídico de los consejos de ancianos, al estilo de memorias colectivas del derecho particular que se orientaron casuísticamente en la memoria de decisiones anteriores, usando en sus referencias al derecho imperial visiones generales y no tan precisas; aunque pudo comprobarse que ello generaba el de demandas de nulidad.

Además, cabe señalar que la corte local fue libre en elegir una entre dos modalidades penales. La primera fue el *proceso maleficio* —también llamado justicia alta, del cuello o de la sangre— según la *Carolina*, con base en el *bando de la sangre* obtenido de manos del emperador. La segunda alternativa fue el camino de la *justicia menor* (Niedergerichtsbarkeit), que se entendió como una facultad originaria de los señoríos jurisdiccionales y que incluyó también todos los delitos, menos la facultad de condenar a la pena de muerte. En otras palabras, por elegir la lógica de la *justicia menor*, la corte local pudo escaparse por lo menos fácticamente de las reglas establecidas en la *Carolina*⁸⁰.

Esto fue altamente relevante en los juicios contra vecinos de la comunidad local misma, donde hubo una aversión a quitarle la vida a una persona bien conocida durante múltiples años. Como ejemplo del castigo de un vecino, se señala el caso del campesino Lorenntz Mathöw de 1553 del señorío de Sonnenberg en la zona alpina de Arlberg —hoy en Austria— quien, debido a que violó dos veces la prohibición de cazar venados, fue juzgado con cuatro condenas llamativas: debía llevar siempre en su ropa un ciervo bordado de color amarillo, así el delincuente y el delito eran marcados para la burla de todos; segundo, no podía cargar ningún arma por el resto de su vida, con la excepción de un “cuchillo roto para el pan”; tercero, en la iglesia debía hacerse siempre en la parte de atrás, cerca de la puerta y, cuarto, le fue prohibido visitar la taberna local⁸¹. La lógica fue la de castigar mediante la *exclusión* social, en lo que la prohibición de visitar la taberna significó la exclusión de la actividad más importante del tiempo libre de entonces y el aislamiento de la vida pública del pueblo, mientras la prohibición del porte de armas simbolizó la descalificación del círculo de los hombres milicianos con el efecto de la pérdida de los derechos políticos en

80 Los señoríos no aceptaron los intentos de reservar los delitos graves exclusivamente para la *justicia alta*. Sobre la última: Lück, *Hochgerichtsbarkeit*, op. cit., pp. 1055-1059.

81 *Sentencia del señorío de Sonnenberg* de 1553, ed. por Alois Niederstätter, *Vorarlberger Urfehdebrieße*, Dornbirn, Vorarlberger Verlagsanstalt, 1985, pp. 139 y s.

las asambleas comunitarias. Cabe precisar que, en vez de castigar con el *internamiento* en lugares carcelarios, que es en la actualidad típico en los Estados territoriales de las sociedades de masas individualizadas con un alto grado de movilidad, se castigó al revés, con la *exclusión*, lo cual estaba en consonancia con las condiciones de sociedades pequeñas no móviles, en las cuales todos los miembros de la comunidad se conocían bien entre sí. De vez en cuando, la corte local actuó de modo maléfico bajo el ritual de condenar al malhechor a la muerte, de dirigirlo al lugar de ejecución, de escuchar en este lugar la intercesión de sus familiares y amigos y de indultar en el último momento viable las penas típicas entre vecinos, lo que significó una intimidación máxima para evitar la repetición. Muchas veces los parientes del condenado eran obligados a ser garantes de su vida futura honorable y sin crímenes, de modo que el delincuente era controlado socialmente. Además, tuvo que jurar la paz en el sentido de la renuncia a la venganza frente a la corte (Urfehde) por lo ocurrido en la detención preventiva, por ejemplo la tortura⁸². De igual forma, aparece la pena local de la peregrinación obligatoria, influenciada por los ideales religiosos de purificación⁸³. Como la forma máxima de la pena de exclusión, apareció el destierro⁸⁴. No obstante, la verdadera reina de las penas frente a vecinos fue la multa, que tuvo la ventaja adicional de generar ingresos públicos.

También juicios en constelaciones inter-urbanas pudieron funcionar de modo semejante: cuando el consejo de la ciudad imperial de Basilea tuvo que dedicarse, en 1547, a un caso de violación sexual por un autor de la ciudad vecina de Schaffhausen, consultó al profesor universitario local Bonifacius Amerbach, quien elaboró su dictamen con base en la *Carolina*, pero cuando el consejo quiso juzgar con este fundamento a la muerte, intervino Schaffhausen en pro de su ciudadano, indicando la alianza entre ambas urbes, de modo que el consejo basilense decidió de modo político y condenó a un mero destierro junto con una multa alta⁸⁵.

En resumen, es muy importante evitar la trampa de deducir del texto disuasivo de la *Carolina* una práctica de frecuentes penas de muerte para todo tipo de delito. En la vida real de las ciudades y señoríos jurisdiccionales, hubo típicamente muchos años sin que se ejecutara ninguna pena de muerte.

82 Günter Jerouschek & Andreas Blauert, "Zwischen Einigungsschwur und Unterwerfungseid, Zur obrigkeitlichen Usurpation des Urfehdewesens", en Hans Schlosser et al. (Eds.), *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter, Formen und Entwicklungsstufen*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2002, pp. 227-246; Niederstätter, *Vorarlberger Urfehdebriege*, op. cit., pp. 14-22.

83 Louis Carlen, *Wallfahrt und Recht im Abendland*, Friburgo, Universitätsverlag, 1987, pp. 82 y ss.

84 Rudolf His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, reimpr. de la ed. Weimar 1920 y 1935, Aalen, Scientia, 1964, pp. 410 y ss, 533 y ss.

85 Hans-R. Hagemann, *Aus dem Rechtsleben im alten Basel*, Basilea, Verlag Basler Zeitung, 1989, pp. 61 y ss.

9. PROCESOS DE BRUJERÍA Y ERRANTICIDIO

Según el análisis de los documentos de las cortes de justicia, se reservaron las penas duras de la *Constitutio Criminalis Carolina* a tres constelaciones principales: primero, para perseguir el delito concebido como el más peligroso de la época, es decir, la magia negra de supuestas brujas y brujos en colaboración con el diablo; segundo, para la represión penal de la extensa clase sub-campesina de los errantes no sedentarios sin pertenencia jurídica a nada; y tercero, para combatir algunos pocos delitos vistos extremadamente graves como parricidio e infanticidio. Los procesos de brujería se fundamentaron en el artículo 109 de hechicería junto con la blasfemia (art. 106), la sodomía (art. 116)⁸⁶ y el adulterio (art. 120) si la bruja era casada, pues se creía que las brujas hacían una celebración sexual del pacto con el diablo. Típicamente, la corte local preguntó en los interrogatorios de brujería por coautores del delito, lo que llevó bajo la tortura a cadenas de denunciaciões: por eso, la bruja nunca era autora individual de delito, sino se construyó la misma como miembro de una secta amplia de personas diabólicas. La casualidad de los nombres en los testimonios extorsionados, llevó al fenómeno de víctimas más o menos casuales con decenas de ejecuciones en un solo contexto. En la época principal, entre 1560 y 1690, la persecución judicial de la brujería costó la vida de aproximadamente 60 mil europeos —de ellos 25 mil en el Sacro Imperio Romano— al estilo de sacrificios humanos para calmar el lado peligroso de la naturaleza y para ganar la benevolencia divina. El autor ha analizado este fenómeno en otro lugar de manera detallada, de modo que aquí se considera suficiente una referencia sistemática⁸⁷.

En cambio, quiere profundizarse en la persecución penal de los errantes (*Vaganten*) o viajeros (*Fahrende*), un grupo caracterizado por la no-pertenencia a ninguna “ciudadanía” local, en la dimensión del 10% al 20% del total de la población. Se trató de personas que nacieron en el interior del Imperio, pero en un mundo sin ciudadanía nacional, no dispusieron de la única pertenencia jurídica establecida, la de un señorío local o una ciudad. Múltiples obras han tocado el *erranticidio* judicial de modo marginal, sin ignorarlo pero tampoco de modo profundo, pues parece que la mayor parte de los autores jurídicos prefiere detectar en su objeto de estudio el combate serio contra el crimen en vez de

86 En la variante del sexo con un animal, pues el diablo fue visto así. En caso de brujos masculinos, se aplicó también la variante del homosexualismo.

87 Bernd Marquardt, “El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 30, Bogotá, UNAL, 2011, pp. 217-244, 223 y ss. Véase también: Wolfgang Behringer, *Witches and Witch-Hunts, A Global History*, 3ª reimpr., Cambridge, Polity Press, 2008, pp. 165 y ss; Verena J. Dorn-Haag, *Hexerei und Magie im Strafrecht, Historische und dogmatische Aspekte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 42 y ss, 54 y ss; Ströhmer, *Carolina, Die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. im Kontext der frühneuzeitlichen Hexenprozesse*, op. cit.; Rita Voltmer & Franz Irsigler, “Die europäischen Hexenverfolgungen der frühen Neuzeit”, en Rosmarie Beier-de-Haan et al. (Eds.), *Hexenwahn, Ängste der Neuzeit*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2002, pp. 30-47.

una especie de estatalidad criminal, sin abrirse suficientemente a visiones del *lado oscuro del Estado*.

Por una parte, puede verse en los errantes el producto de la práctica frecuente de la justicia penal segmentaria de castigar con el destierro; por otra parte, se trató de una consecuencia de las características del sistema socio-ambiental agrario, donde el modo de control del tamaño demográfico local se basaba en presunciones sobre la capacidad de carga local, con una diferenciación estricta entre la reproducción sexual legal e ilegal y la exclusión rabiata de hijos considerados ilegítimos por su origen no matrimonial; además, el derecho demográfico excluyó los hijos sin derecho a la sucesión en un puesto de subsistencia —quienes habían sido concebidos suplementariamente para compensar el riesgo de la mortalidad epidémica— de las posibilidades de reproducción, es decir, estas personas se encontraron al fin en una posición social marginal, sirviendo de su hermano y sin derecho a casarse, frente a lo cual el *errantismo* pudo aparecer como una opción de escape más interesante. Otro origen del *errantismo* fueron los mercenarios sin empleo en tiempos de paz, quienes disponían de un alto nivel de profesionalismo como expertos de la violencia. En cambio, no es posible entender a los errantes como un grupo étnico⁸⁸, pues los gitanos provenientes de la India fueron un subgrupo relativamente pequeño dentro de los mismos, aunque vivieron bajo una presión de persecución aun mayor por su estigmatización adicional como supuestos espías del Imperio Otomano islámico⁸⁹.

A causa de la falta de toda base de una vida regular, los errantes fueron presionados estructuralmente a la criminalidad para sobrevivir. Por lo tanto, los señoríos y ciudades los vieron sólo según el aspecto del peligro que representaban —bajo la estigmatización sumaria como los *hombres nocivos para el país* (landschädliche Leute)—. El patrón general fue que toda jurisdicción declaró ilegal la presencia de los mendigos forasteros, desplazándolos hasta una cierta fecha bajo la amenaza a los infractores con el flagelo y la marcación a fuego con la horca en la cara o incluso con la aplicación real de la horca en caso del regreso. Si hubo delitos reales contra la propiedad o integridad física, se aplicaron de modo intransigente y muchas veces en meros juicios sumarios, las posibilidades mortales puestas a disposición por el *bando de la sangre* y la *Carolina*, ignorando el artículo 166 de esta que pretendió privilegiar la fuerza mayor social del hambre irresistible. Una alternativa lucrativa consistió en vender los errantes condenados al servicio forzoso como remeros encadenados en las galeras habsburgas, papales o venecianas en el mar Mediterráneo, lo que fue

88 A diferencia de los otros países de Europa central, la Suiza de hoy ha reconocido a los *yeniches* como una minoría nacional (a pesar de su origen social, no étnico).

89 Sobre la situación legal de los gitanos (zingaros, rom, sinti): Peter Putzer, “Wie lustig war das Zigeunerleben im Erzstift Salzburg? Ein Beitrag zur Geschichte des Erzstift-Salzburgischen Zigeunerrechts”, en revista Salzburg Archiv, no. 20, Salzburgo, Verein Freunde der Salzburger Geschichte, 1995, pp. 63-88.

una especie de esclavitud penal sin retorno y pena de muerte prolongada⁹⁰. Por lo tanto, en los juicios contra errantes, la finalidad de la pena pública no fue la corrección, tampoco la intimidación, sino el exterminio de una sobrepoblación vista como indeseada. Sintetizando, puede percibirse una tendencia permanente al *erranticidio* judicial.



Figura 7. El erranticidio judicial en el señorío jurisdiccional de Hohenems en el río Rin según una carta requisitoria e intimidadora de 1749.⁹¹

En los juicios anti-errantes, pudo manifestarse una mezcla con los elementos de los procesos contra demonios. Como ejemplo, se plantea la persecución de la *banda del hechicero Jacobo* (Zauberjackel) que se llevó a cabo, desde 1675 hasta 1681, en los señoríos jurisdiccionales del principado-obispado de Salzburgo, en el Círculo imperial de Baviera. El resultado consistió en la ejecución de 138 errantes, entre ellos 56 niños entre los nueve y dieciséis años, sin respeto por los relativos beneficios reconocidos a los delincuentes juveniles en la *Carolina*. Entre

90 Formalmente, su estatus no fue la esclavitud, sino la muerte civil; Beat Graf, *Freiheitsstrafen in der Fürststabei St. Gallen ... bis zum Ende des Ancien régime*, Wil, 1996, pp. 39 y ss, 99 y s; Hans Schlosser, "Galeerenstrafe", en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, op. cit., pp. 1914-1917.

91 Fuente: Carta requisitoria de Bregenz en Austria de 1749, *Landesarchiv* de Vorarlberg, signatura HoA.

los delitos “probados” bajo la tortura procesal, se detectan también la sodomía, la transformación en hombres lobos y los asesinatos ritualizados. Seguramente, los hombres lobos fueron exagerados, pero no el bandidaje peligroso como tal⁹².

De todos modos, la práctica del *erranticidio* judicial tuvo efectos desastrosos. Por una parte, si las normas de la seguridad anti-errante se enfocaron en la expulsión de la respectiva jurisdicción, la aplicación de esta estrategia sólo aumentó la velocidad de circulación, sin acercarse a las raíces de la existencia de esta clase sub-campesina. Por otra parte, la persecución penal sin piedad no hizo desaparecer a manos de los verdugos a esta décima o quinta parte de la población, pues no se comprendieron los modos de reproducción ni la violencia estructural⁹³ que presionó fácticamente a ladroñar para sobrevivir. Mucho menos fue tomada en serio la alternativa hipotética de dedicarse a suprimir las precondiciones sociales de esta clase sub-campesina⁹⁴.

En términos generales, hay que deducir que tanto frente a su propio ideal de la igualdad legal, como respecto a la habilidad de diferenciar bajo la tortura procesal los culpables de los inocentes, el sistema de la *Carolina* mostró resultados pésimos. Lo más llamativo fue la dicotomía entre el sosiego generoso y el sacrificio humano sin piedad: de modo muy selectivo, el Estado de la *Moderidad temprana* estuvo dispuesto a aplicar una justicia ejemplar y mostrar su poder casi divino con la muerte pública, teatral, cruel y horrorosa, mientras en la próxima constelación castigó con la mera prohibición de visitar la taberna.

10. JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON BASE EN LA CAROLINA

De todas maneras, la *Constitutio Criminalis Carolina* fue ambigua y mostró también aspectos visionarios. En particular, cabe destacar que las normas enfocadas en garantías procesales y la protección por la demanda de nulidad,

92 Caso según Fritz Byloff, *Hexenglaube und Hexenverfolgung in den österreichischen Alpenländern*, Hamburgo, Severus, 2011, pp. 174-177; Johann Schleich, *Hexen, Zauberer und Teufelskult in Österreich*, Graz, Steirische Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 113-122.

93 Concepto de Johan Galtung, *Peace by Peaceful Means, Peace and Conflict, Development and Civilization*, Thousand Oaks, Sage, 1996.

94 Sobre los errantes, su vida criminal y el *erranticidio* judicial: Gianna Burret, *Der Inquisitionsprozess im Laienspiegel des Ulrich Tengler*, Colonia, Böhlau, 2010, pp. 69 y ss; Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 164; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., pp. 220 y ss; Carsten Küther, “Räuber, Volk und Obrigkeit”, en Heinz Reif (Ed.), *Räuber, Volk und Obrigkeit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1984, pp. 17-42; Rüping & Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 55 y ss; Schmoeckel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, op. cit., pp. 264 y s; Ernst Schubert, “Mobilität ohne Chance, Die Ausgrenzung des fahrenden Volkes”, en Winfried Schulze (Ed.), *Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität*, Múnich, Oldenbourg, 1988, pp. 113-164; Wolfgang Sellert, “Landschädliche Leute”, en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, op. cit., pp. 578-581; Monika Spicker-Beck, *Räuber, Mordbrenner, umschweifendes Gesind, Zur Kriminalität im 16. Jahrhundert*, Friburgo, Rombach, 1995.

fueron mucho más que letra muerta. La bibliografía ha reconstruido múltiples casos en los cuales los jueces supremos del Estado imperial defendieron estas garantías con base en un recurso del hombre común frente a abusos por los juzgados locales⁹⁵. Como ejemplo sirve la ola de 122 procesos de brujería ilegales, efectuada de 1678 a 1680 en el condado alpino de Hohenems-Vaduz, bajo la violación sistemática de las garantías procesales de la *Carolina* por torturas salvajes, chantajes excesivos, preguntas sugestivas y la negación de toda defensa adecuada, lo que llevó a la demanda de nulidad de varios súbditos ante el Consejo Cesáreo-Imperial Áulico en Viena, que ordenó, en 1684, con base en un dictamen de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salzburgo, la nulidad de todas estas condenas locales, la destitución del conde por abuso de poder y tiranía, el arresto del mismo para esperar su propio juicio de homicidio y la indemnización de las víctimas. Desde entonces, los procesos de brujería perdieron su viabilidad en el Sacro Imperio Romano⁹⁶.

11. LA CONSTITUTIO CRIMINALIS TERESIANA DE 1768

En 1768, la “majestad romano-cesárea” María Teresa promulgó un nuevo código penal, no para todo el Sacro Imperio Romano, sino para dos regiones con una centralidad mayor, el Círculo imperial austríaco y la Corona de Bohemia. Ya la denominación *Constitutio Criminalis Theresiana* subrayó la tradición conservada de la *Constitutio Criminalis Carolina*. También en los contenidos, se trató de una reedición más detallada de las grandes líneas de la *Carolina*, incluyendo los delitos mágicos de la “hechicería, brujería y adivinación” (art. 58) y la tortura probatoria (art. 38). Al igual que en la *Carolina* no apareció la herejía, pero sí la apostasía como la negación completa del cristianismo (art. 57). En cuanto a la *pregunta dolorosa*, lo más novedoso fueron las precisiones de la intensidad permitida y las visualizaciones exactas de los métodos⁹⁷.

95 Diestelkamp, *Rechtsfälle aus dem Alten Reich*, op. cit., pp. 28, 111 y ss, 117 y ss, 126 y ss, 218 y ss. El historiador de derecho Uwe Wesel reconoce en este ámbito “una especie de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) para defenderse frente a violaciones de derechos por parte del Estado”; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 364 y s. Véase también: Peter Oestmann, “Menschenrechte und ihre Durchsetzung im Alten Reich”, en Georg Schmidt von Rhein & Albrecht Cordes (Eds.), *Altes Reich und Neues Recht*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 2006, pp. 57-74.

96 Estudio detallado del caso: Marquardt, *El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional*, op. cit., pp. 232 y ss. Véase además: Fuchs, *Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht*, op. cit., pp. 14 y ss; Peter Oestmann, *Hexenprozesse am Reichskammergericht*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 1997.

97 *Constitutio Criminalis Theresiana, oder der Römisch-Kaiserl[ichen ...] Majestät Mariä Theresiä [...] peinliche Gerichtsordnung*, Viena, Johann Thomas Edlen von Trattner, 1769. Comp. Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 248 y ss; Wilhelm Brauner, “Constitutio Criminalis Theresiana”, en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, op. cit., pp. 890-891; Helbing, *Geschichte der Folter*, op. cit., pp. 352 y ss; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 240, 430 y s; Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 3, Seit 1650, 5ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008, pp. 91 y ss; Oestmann, *Rechtmäßige und rechtswidrige Folter*, op. cit., pp. 95 y ss;

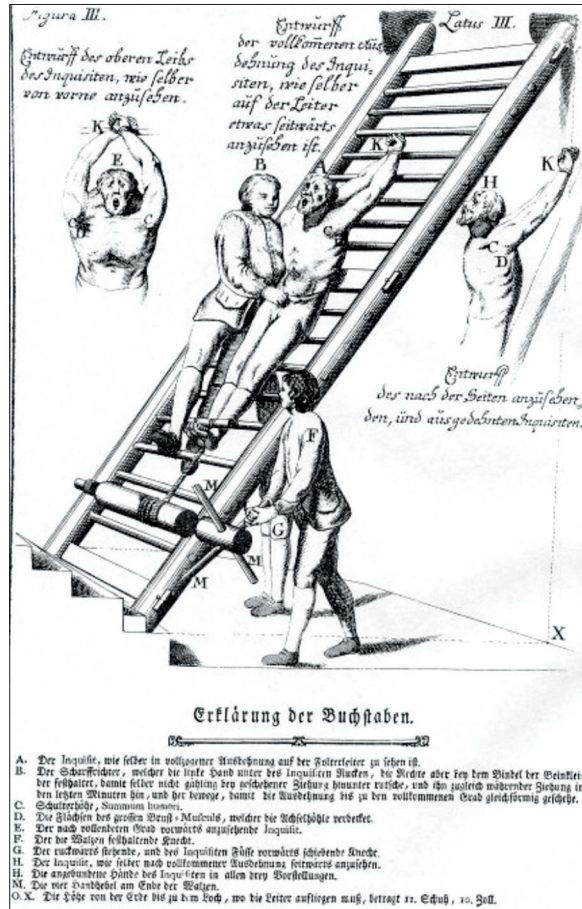


Figura 8. La “escalera de la tortura”, una especie de potro diagonal, para la pregunta dolorosa según la Constitutio Criminalis Theresiana de 1768.⁹⁸

12. DESENCANTAMIENTO Y REFORMA ILUSTRADA DEL DERECHO PENAL

En el prelude inmediato de la *gran transformación* ilustrada e industrial del derecho europeo, caracterizada según Max Weber por el *desencantamiento*⁹⁹ que reemplazó las visiones mágicas y religiosas de la naturaleza por las del racionalismo físico-newtoniano, el delito mágico de la hechicería del artículo 109 de la *Carolina* y el artículo 58 de la *Theresiana* se convirtió en irracional e

Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., p. 102; Schmidt, *Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 182 y s.

98 Fuente: Constitutio Criminalis Theresiana, op.cit., anexos, p. XXVI.

99 Otra traducción de *Entzauberung*: deshechización. Término según Max Weber, *Wissenschaft als Beruf*, Múnich, 1919, <http://www.zeno.org/Soziologie/M/Weber,+Max/Schriften+zur+Wissenschaftslehre/Wissenschaft+als+Beruf> (21.2.2017).

injustificable¹⁰⁰. Cuando la corte local de Glaris en Suiza ejecutó, en 1782, a Anna Göldi como la última bruja del ámbito de aplicación de la *Carolina* y de toda Europa, estalló una tormenta de indignación en los círculos educados¹⁰¹.

Otro debate crítico se refirió a la tortura judicial vista cada vez más como contraproducente para el combate contra la delincuencia, pues este núcleo del proceso inquisitorio no diferenció eficazmente entre los culpables e inocentes¹⁰². La misma fue limitada en Prusia a los delitos políticos a partir de 1740 y abolida en Austria en 1776, en el Palatinado electoral en 1779, en Baviera en 1806, en Wurtemberg en 1809, en Hanóver en 1822, en Sajonia-Coburg-Gotha en 1828, en Baden y Zúrich en 1831 y en el cantón suizo de Glaris en 1851¹⁰³. Sin embargo, varios Estados sucesores del Sacro Imperio Romano continuaron durante algunos decenios adicionales con el sustituto semejante de la *pena procesal para la mentira y desobediencia*¹⁰⁴. En el papel de últimas aplicaciones, se han discutido los cantones suizos de Zug en 1868 y Schaffhausen en 1892¹⁰⁵. Finalmente, hay que reconocer las nuevas pruebas tecnológicas de la era industrial, basadas en las ciencias naturales de la física, química, biología y medicina, el avance decisivo que convirtió la confesión en innecesaria¹⁰⁶.

Ahora tampoco convencieron las penas de muerte aterradoras: la más brutal de la *Carolina*, la rotura del cuerpo mediante la rueda, desapreció en Baviera después de 1813, en Hanóver en 1828, en Hesse en 1836 y en Prusia en 1841¹⁰⁷.

Otro punto de cristalización para criticar y desmontar el derecho penal del Antiguo Régimen, fue el delito de infanticidio según el artículo 131 de la *Carolina* y el 87 de la *Teresiana*. Mientras ambas leyes habían discriminado este delito como

100 Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3ª ed., Heidelberg, Springer, 2016 (traducción en inglés de la 1ª ed.: *A Modern History of German Criminal Law*, Berlín, Springer, 2014), p. 26.

101 Behringer, *Witches and witch-hunts*, op. cit., p. 190.

102 Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 29 y ss.

103 En términos occidentales, abolición en Dinamarca en 1770, en Suecia e Inglaterra (*Peine forte et dure*) en 1772, en Polonia-Lituania en 1776, en Francia en 1789, en Hispano-América en 1810/1821, en España en 1814, en los Estados Pontificios en 1815. Comp. Helbing, *Geschichte der Folter*, op. cit., p. 395, 400; Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, Colonia, Böhlau, 2000, pp. 19 y ss, 50 y ss; Jan Zopf, “Die Fürsten schaffen die Folter ab, Zur Beseitigung der Folter in Preußen, Österreich und Bayern (1740-1806)”, en Karsten Altenhain & Nicola Willenberg (Eds.), *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, Göttingen, V & R, 2011, pp. 25-38.

104 Nicola Willenberg, “Lügen- und Ungehorsamsstrafen, Eine Fortsetzung der Folter?”, en Íd. & Altenhain, *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, op. cit., pp. 115-146.

105 Lukas Gschwend, “Folter”, en *Historisches Lexikon der Schweiz*, de 5 de marzo de 2015, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9598.php> (22.2.2017); Íd. & Marc Winiger, *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zúrich, Dike, 2008, pp. 112 y ss.

106 Gschwend, *Justitias Griff zur Lupe*, op. cit., pp. 11 y ss.

107 Matthias Blazek, “Die Praxis des Zerstoßens der Glieder mit eisernen Keulen wurde hierzulande noch bis 1828 angewandt”, en revista *Südniedersachsen, Zeitschrift für regionale Forschung und Heimatpflege*, no. 3, Northheim, AG für Südniedersächsische Heimatforschung, 2010, pp. 72-79.

una modalidad extremadamente grave del parricidio, pues en la ética del Antiguo Régimen pareció que incluso los animales cuidaban mejor su descendencia, los debates de la década de 1770 empezaron a tematizar los apuros psicológicos de la madre soltera y pobre que se vio amenazada con una dura vergüenza social y penal por dar la vida a un niño extramatrimonial. Todo fue ambiguo, como lo subrayó el jurista y poeta Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), quien tematizó el problema en su obra literaria *Fausto* de 1808, pero participó activamente en las respectivas sentencias de muerte. De todos modos, el debate aclaró cada vez más la necesidad de evaluar el ser humano concreto en su contexto real, no para despenalizar el delito, pero con la finalidad de disminuir las penas¹⁰⁸.

De igual forma, se suprimió el *erranticidio* judicial, pues el Estado ilustrado con base en la *ciudadanía general* e igualdad legal, destruyó lo precario de su estatus. Las migraciones urbanizadoras de la transformación a la sociedad industrial, eliminaron también su perfil social como el pueblo de las carreteras rurales. Varios fueron presionados por medios policiales a la vida sedentaria. Los últimos *yeniches* representan una variación de la vida moderna sin presión a la criminalidad.

La historia mundial del reemplazo del derecho penal y procesal pre-ilustrado por códigos de corte ilustrado, empezó con la *Josefina* del Sacro Emperador Romano JOSÉ II de 1787 y la *Franciscana*, del último Sacro Emperador Romano FRANCISCO II de 1803¹⁰⁹, ambos con una limitación de validez en los territorios inmediatos del emperador. Renunciaron a la tortura probatoria, promulgaron la *proporcionalidad* entre delito y pena, se enfocaron en la utilidad para la sociedad, promovieron el principio de la legalidad y se orientaron más en la pena privativa de la libertad. No obstante, en otros territorios la *Carolina* sobrevivió la muerte del Sacro Imperio Romano en 1806, de modo que el respectivo derecho común quedó en vigor en partes de Suiza hasta 1848¹¹⁰ y en Mecklemburgo, Lauenburgo y Schaumburgo-Lippe incluso hasta 1870, aunque sin aplicación de las normas más violentas e incompatibles con el *desencantamiento* de la mentalidad europea¹¹¹.

108 Kent D. Lerch et al., “Die Leiden des jungen «Gretchen», Ein Frankfurter Kriminalfall anno 1771/1772”, en revista *Forschung Aktuell*, núm. 2, Fráncfort del Meno, Universidad, 2011, pp.49-54; Otto Ulbricht, “Kindsmord in der Frühen Neuzeit”, en Ute Gerhard (Ed.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, Múnich, C.H. Beck, 1997, pp. 235-247; Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., p. 28.

109 *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Josefina*, Viena, Trattner, 1787; *Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen für die deutschen Erblande, Franciscana*, Viena, 1803. Véase Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 251 y ss, 257 y ss; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 432 y ss; Rüping & Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 75 y s; Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 33 y ss.

110 Gschwend, *Carolina*, op. cit.; Meier, *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung*, op. cit., pp. 186 y s, 223 y ss, 228; Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 215.

111 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 323.

OBSERVACIONES FINALES

A fin de cuentas, queda un balance muy ambiguo del poder punitivo del Estado de la *Modernidad temprana*. También el modelo penal más avanzado de Europa en ese entonces, no puede ser evaluado en meros términos optimistas. Por una parte, los tres siglos de la *Constitutio Criminalis Carolina* muestran avances que también el observador del presente puede valorar, en particular la precisión de los delitos, la diferenciación de los castigos según la gravedad, una especie de parte general, el enfoque en la culpa, el derecho penal juvenil, normas de igualdad de género, los indicios, la medicina forense y, en particular, las garantías procesales que se pudieron defender ante las cortes supremas.

Por otra parte, aparece el *lado oscuro del Estado* con un pico de la bestialidad pública para escenificar el poder estatal, caracterizada por fiestas de la muerte en las formas más brutales imaginables, y el uso sistemático de la tortura probatoria para presionar a confesiones que fueron muchas veces falsas, con un alto nivel de desigualdad ejemplar en la aplicación real y con una capacidad muy baja de diferenciar entre los delincuentes reales e imaginados. Oficialmente se quiso suprimir los homicidios y asesinatos, pero el Estado mismo se convirtió en el gran asesino cuando ejecutó a varios miles de personas que el observador de hoy percibe como inocentes, al estilo de sacrificios humanos judiciales para calmar la ira divina (procesos de hechiceros y brujas), y además cuando intentó dejar desaparecer una sobrepoblación indeseada bajo la espada del verdugo (juicios de errantes).

No obstante, si el lector se pregunta si hubo alternativas, en el sentido de la posibilidad de aplicar la pena hoy dominante de privación de la libertad, hay que evitar las respuestas simplistas, ya que, en términos culturales y socio-ambientales, no era viable encarcelar y alimentar, por ejemplo, a toda la clase errante. Tampoco debe idealizarse el sistema del presente: si en Colombia, donde el autor escribe este artículo, la Corte Constitucional ha declarado el sistema carcelario como un estado de cosas inconstitucional, aparece otra vez el *lado oscuro del Estado*, ahora materializando la visión espantosa de la prisión en términos foucaultianos, ante la mera falta de voluntad de invertir los recursos requeridos por la dignidad humana. También hay que preguntarse, en vista del debate actual sobre la impunidad, si la eficiencia penal colombiana supera realmente la arbitrariedad *de facto* del castigo público en la era de la *Carolina*.

BIBLIOGRAFÍA

a. Fuentes primarias

- (1103) *Mainzer Reichsfriede Heinrichs IV, Paz imperial de Maguncia de Enrique IV*, ed. por Kroeschell, Karl: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 1, *Bis 1250*, 13ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2008, pp. 205-206.
- (1152) *Reichsfriede Friedrichs I, Paz imperial de Federico I*, ed. por Zeumer, Karl (Ed.): *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 1ª parte, *Von Otto II. bis Friedrich III.*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1913, pp. 7-8.
- (1224) *Treuga Henrici, Reichsfriede Heinrichs (VII), Paz imperial de Enrique (VII)*, ed. por Zeumer, Karl (Ed.): *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 1ª parte, *Von Otto II bis Friedrich III*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1913, pp. 48-50.
- (1225) *Der Sachsenspiegel, Espejo Sajón* de aprox. 1225, comp. por Eike von Repgow, ed. por Clausdieter Schott, Zürich, Manesse Verlag, 1984.
- (1235) *Mainzer Reichslandfriede, Paz Territorial de Maguncia* de 15 y 21 de agosto de 1235, ed. por Buschmann, Arno: *Kaiser und Reich, Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches in Dokumenten*, tomo 1, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, pp. 80-103.
- (1256) *Siete Partidas* del Reino de Castilla y León, ed. por Real Academia de la Historia, 3 tomos, Madrid, Imprenta Real, 1807.
- (1495) *Ewiger Landfiede, Paz Eterna en la Tierra*, ed. por Schmauß, Johann J. & Senckenberg, Heinrich Chr. von (Eds.): *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, reimpr. de la ed. de Fráncfort del Meno de 1747, Osnabrück, Zeller, 1967, pp. 3-6.
- (1499) *Tiroler Malefizordnung, Ordenanza maleficia del Tirol*, ed. por Köbler, Gerhard (Ed.): *Fontes*, disponible en: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/TirolerMalefizordnung1499.pdf>. (19.2.2017).
- (1507) *Bambergische Halßgerichts Ordnung (Constitutio Criminalis Bambergensis)*, Bamberg, Hans Pfeil, 1507, ed. por Universidad de Mannheim, disponible en: <http://www.uni-mannheim.de/mateo/desbillons/bambi.html> (18.2.2017).

- (1521) *Landfriede, Paz territorial*, ed. por Schmauß, Johann J. & Senckenberg, Heinrich Chr. von (Eds.): *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, reimpr. de la ed. de Fráncfort del Meno de 1747, Osnabrück, Zeller, 1967, pp. 179 y ss.
- (1530) *Reichspolizeiordnungen, Leyes imperiales de policía de 1530, 1548 y 1577*, eds. por Härter, Karl & Stolleis, Michael (Eds.): *Repertorium der Polizeyordnungen der Frühen Neuzeit*, tomo 1, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1996.
- (1532) *Constitutio Criminalis Carolina, Peinlich Halssgericht, des allerdurchleuchtigsten grossmächtigsten unüberwindlichsten Keyser Carols dess Fünfften und dess Heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichts Ordnung, auff den Reichsstägen zu Augspurg und Regenspurg, in Jaren dreissig und zwey und dreyssig gehalten, auffgericht und beschlossen*, Fráncfort del Meno, Johannem Schmidt 1577. Edición moderna: Schroeder, Friedrich-C.: *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, Stuttgart, Reclam Verlag, pp. 24-128.
- (1539) *Ordonnance générale sur le fait de la justice, police et finances, enregistrée au Parlement de Paris le 6 septembre 1539*, ed por Lecler, Jacques (Ed.): *Histoire de la langue française*, http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/francophonie/Edit_Villers-Cotterets-complt.htm (20.2.2017).
- (1553) *Sentencia del señorío de Sonnenberg*, ed. por Niederstätter, Alois: *Vorarlberger Urfehdbriefe*, Dornbirn, Vorarlberger Verlagsanstalt, 1985, pp. 139 y s.
- (1555) *Paz territorial y religiosa de Augsburgo, Abschiedt der Römischen Könighen Maiestat, und gemeiner Stendt, auff dem Reichßtag zu Augspurg, Anno Domini M.D.L.V. auffgericht [...]*, Maguncia, Franciscum Behem, 1555, digitalizado por Bayerische Staatsbibliothek, <http://daten.digitalensammlungen.de/~db/bsb00001441/images/index.html> (31.1.2017).
- (1555) *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su majestad*, Salamanca, Impr. por Andrea de Portonaris.
- (1667) *Costumbres del Condado de Vaduz, Ordenanza de la Corte maleficia*, en Rogl, Karin: *Landts Brauch, oder Erbrecht in der Vaduzischen Grafschaft üblichen, ein Dokument aus dem Jahre 1667 als Grundlage für die landschaftliche Rechtsprechung*, Vaduz, Historischer Verein des Fsm. Liechtenstein, 2002.

- (1670) *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, pour les matières criminelles, données à Saint Germain-en-Haye au mois d’Août 1670*, París, 1670.
- (1680) *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, 2ª ed., Madrid, por Antonio Balbas, 1756, 3ª ed., Madrid, por Andrés Ortega, 1774.
- (1768) *Constitutio Criminalis Theresiana, oder der Römisch-Kaiserl[ichen ...] Majestät Mariä Theresiä [...] peinliche Gerichtsordnung*, Viena, Johann Thomas Edlen von Trattnern, 1769.
- (1787) *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Josefina*, Viena, Trattner, 1787.
- (1803) *Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen für die deutschen Erblande, Franciscana*, Viena, 1803.

b. Bibliografía secundaria

- Almonacid Sierra, Juan: *Génesis del derecho comercial colombiano*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- Baldauf, Dieter: *Die Folter, Eine deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2004.
- Baltl, Hermann: “Oder binnen 24 Stunden freizulassen, Ein Beitrag zur Geschichte des Grundrechts auf persönliche Freiheit”, en Schott, Claud Dieter & Petrig Schuler, Eva (Eds.): *Festschrift für Claudio Soliva*, Zurich, Schulthess, 1994, pp. 9-20.
- Bar, Ludwig von: *A History of Continental Criminal Law*, Boston, Little, Brown & Company, 1916 (nueva ed. de 1999). Título original en alemán: *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Berlín, Weidmannsche Buchhandlung, 1882.
- Behringer, Wolfgang: *Witches and Witch-Hunts, A Global History*, 3ª reimpr. Cambridge, Polity Press, 2008.
- Bernal Gómez, Beatriz: *Historia del derecho*, México, Eds. Nostra & Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Blazek, Matthias: “Die Praxis des Zerstoßens der Glieder mit eisernen Keulen wurde hierzulande noch bis 1828 angewandt”, en revista *Südniedersach-*

sen, *Zeitschrift für regionale Forschung und Heimatpflege*, no. 3, Northeim, AG für Südniedersächsische Heimatforschung, 2010, pp. 72-79.

Brauneder, Wilhelm: “Constitutio Criminalis Theresiana”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 890-891.

Bühler, Theodor: “L'appartenance à l'Empire a-t-elle influencé le droit de la Principauté de Bâle (XIIe-XVIe siècle)” en Morerod, Jean D. et al. (Eds.): *La Suisse occidentale et L' Empire*, Lausana, SHSR, 2004, pp. 359-378.

Burmeister, Karl Heinz: *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich*, Wiesbaden, Guido Pressler Verlag, 1974.

— “La Justicia de Pieter Brueghel el Viejo”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 24, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 19-38.

Burret, Gianna: *Der Inquisitionsprozess im Laienspiegel des Ulrich Tengler*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2010.

Byloff, Fritz: *Hexenglaube und Hexenverfolgung in den österreichischen Alpenländern*, Hamburgo, Severus Verlag, 2011.

Carlen, Louis: *Wallfahrt und Recht im Abendland*, Friburgo de Suiza, Universitätsverlag, 1987.

Caroni, Pio: *La soledad del historiador del derecho, Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, 2ª ed., Madrid, Ed. Universidad Carlos III, 2014.

Czech, Philip: *Der Kaiser ist ein Lump und Spitzbube*, Viena, Böhlau Verlag, 2010.

Deutsch, Andreas: “Bambergische Halsgerichtsordnung”, en *Historisches Lexikon Bayerns*, de 28 de septiembre de 2010, disponible en: https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bambergische_Halsgerichtsordnung (18.2.2017).

— *Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden, Ein Rechtsbuch des 15. Jahrhunderts als Wegbereiter der Rezeption*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2004.

Dezza, Ettore: *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, University Press, 2013.

- Diestelkamp, Bernhard: *Rechtsfälle aus dem Alten Reich, Denkwürdige Prozesse vor dem Reichskammergericht*, München, Verlag C.H. Beck, 1995.
- Dorn-Haag, Verena J.: *Hexerei und Magie im Strafrecht, Historische und dogmatische Aspekte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- Dülmen, Richard van: *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale der frühen Neuzeit*, 6ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Eisenhardt, Ulrich: *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2013.
- Espitia Garzón, Fabio: *Historia del derecho romano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Evans, Richard J.: *Rituals of retribution, Capital punishment in Germany 1600-1987*, Oxford, University Press, 1996.
- Fuchs, Ralf-P.: *Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht, Nichtigkeit und Injurien*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 1994.
- Galtung, Johan: *Peace by Peaceful Means, Peace and Conflict, Development and Civilization*, Thousand Oaks, Sage, 1996.
- García-Molina Riquelme, Antonio M.: *Las hogueras de la inquisición en México*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Garnot, Benoît: *La justice et l'histoire, Sources judiciaires à l'époque moderne, XVIIe, XVIIIe, XVIIIe siècles*, París, Ed. Bréal, 2006.
- Geppert, Klaus: "Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V (die «Carolina»)", en revista *Juristische Ausbildung*, no. 2, Berlín, de Gruyter, 2015, pp. 143-153.
- Geus, Elmar: *Mörder, Diebe, Räuber, Historische Betrachtung des deutschen Strafrechts von der Carolina bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, Berlín, Scrpvaz Verlag Krauskopf, 2002.
- Gmür, Rudolf & Roth, Andreas: *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*, 14ª ed., München, Verlag Franz Vahlen, 2014.
- Graf, Beat: *Freiheitsstrafen in der Fürstabtei St. Gallen... bis zum Ende des Ancien régime*, Wil, 1996.

- Gschwend, Lukas: “Carolina”, en *Historisches Lexikon der Schweiz*, de 15 de febrero de 2005, disponible en: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8949.php> (18.2.2017).
- “Folter”, en *Historisches Lexikon der Schweiz*, de 5 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9598.php> (22.2.2017).
- *Justitias Griff zur Lupe*, Graz, Leykam Verlag, 2004.
- & Winiger, Marc: *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zürich, Dike Verlag, 2008.
- Guthke, Thorsten: *Die Herausbildung der Strafklage, Exemplarische Studien anhand deutscher, französischer und flämischer Quellen*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2009.
- Hagemann, Hans-R.: *Aus dem Rechtsleben im alten Basel*, Basilea, Buchverlag Basler Zeitung, 1989.
- Hähnchen, Susanne: *Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2016.
- Hattenhauer, Hans: *Europäische Rechtsgeschichte, Ius Communitatis*, 4ª ed., Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2004.
- Helbing, Franz: *Geschichte der Folter*, reimpr. de la ed. 1926, Hamburgo, Severus Verlag, 2013.
- Hinckeldey, Christoph & Schild, Wolfgang & Merzbacher, Friedrich: *Justiz in alter Zeit*, Rothenburg ob der Tauber, Mittelalterliches Kriminalmuseum, 1989.
- Hippel, Robert von: *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, *Allgemeine Grundlagen*, reimpr. de la ed. de 1925, Aalen, Scientia Verlag, 1971.
- His, Rudolf: *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, reimpr. de la ed. Weimar 1920 y 1935, Aalen, Scientia Verlag, 1964.
- Holzborn, Timo: *Die Geschichte der Gesetzespublikation*, Berlín, Tenea Verlag, 2003.
- Hoke, Rudolf: *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Viena, Böhlau Verlag, 1996.

- Hull, Isabel V.: *Sexuality, State, and Civil Society in Germany, 1700-1815*, Ithaca & Landres, Cornell University Press, 1996.
- Jerouschek, Günter & Blauert, Andreas: “Zwischen Einigungsschwur und Unterwerfungseid, Zur obrigkeitlichen Usurpation des Urfehdedewesens”, en Schlosser, Hans et al. (Eds.): *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter, Formen und Entwicklungsstufen*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2002, pp. 227-246.
- Kantorowicz, Hermann: “Leben und Schriften des Albertus Gandinus”, en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, RA, vol. 44, no. 1, Weimar, Böhlau, 1924, pp. 224-358.
- Kotulla, Michael: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Berlín & Heidelberg, Springer Verlag, 2008.
- Kroeschell, Karl: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 3, *Seit 1650*, 5ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2008.
- & Cordes, Albrecht & Nehlsen-von Stryk, Karin: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, *1250-1650*, 9ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008.
- Küther, Carsten: “Räuber, Volk und Obrigkeit”, en Reif, Heinz (Ed.): *Räuber, Volk und Obrigkeit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 1984, pp. 17-42.
- Landau, Peter & Schroeder, Friedrich-C. (Eds.): *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1984.
- Langbein, John H.: *Prosecuting Crime in the Renaissance, England, Germany, France*, 2ª impr., New Jersey, Clark, 2007.
- Laufs, Adolf: *Rechtsentwicklung in Deutschland*, 6ª ed., Berlín, de Gruyter, 2006.
- Lerch, Kent D. et al.: “Die Leiden des jungen «Gretchen», Ein Frankfurter Kriminalfall anno 1771/1772”, en revista *Forschung Aktuell*, núm. 2, Fráncfort del Meno, Universidad, 2011, pp. 49-54.
- Lieberwirth, Rolf: “Constitutio Criminalis Carolina”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 885-990.

- Liszt, Franz von: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., Berlin & Leipzig, de Gruyter, 1927.
- Lück, Heiner: “Hochgerichtsbarkeit”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 2, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2011, pp. 1055-1059.
- Maihold, Harald: “«auß lieb der gerechtigkeyt vnd umb gemeynes nutz willen» – Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532”, en revista *ius.full, Forum für juristische Bildung*, no. 2, Zürich, Schulthess, 2006, pp. 76-86.
- Margadant S., Guillermo Floris: *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 2013.
- Marquardt, Bernd: “El Espejo Sajón de 1225, Derecho público del Medioevo europeo en imágenes”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 43, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016, pp. 17-58.
- “El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 30, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 217-244.
- *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016.
- *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013.
- *Ius contra bellum, La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público –interno e internacional–, Recorrido del último milenio*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2017.
- Meier, Albert: *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiet der heutigen Schweiz*, Berna, Universidad (tesis doctoral), 1910.
- Niederstätter, Alois: *Vorarlberger Urfehdbriefe*, Dornbirn, Vorarlberger Verlagsanstalt, 1985.

- Oestmann, Peter: “Constitutio Criminalis Carolina”, en Friedrich Jaeger *et al.*, *Enzyklopädie der Neuzeit Online*, 2014, disponible en: http://dx.doi.org/10.1163/2352-0248_edn_a0680000 (18.2.2017).
- “Gemeines Recht und Rechtseinheit”, en Schumann, Eva (Ed.): *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, Berlin, de Gruyter, 2015, pp. 1-50.
- “Menschenrechte und ihre Durchsetzung im Alten Reich”, en Schmidt von Rhein, Georg & Cordes, Albrecht (Eds.): *Altes Reich und Neues Recht*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 2006, pp. 57-74.
- “Rechtmäßige und rechtswidrige Folter im geheimen Strafprozess”, en Weitin, Thomas (Ed.): *Wahrheit und Gewalt*, Bielefeld, Transcript Verlag, 2010, pp. 87-110.
- *Wege zur Rechtsgeschichte, Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2015.
- Pahud de Mortanges, René: *Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss*, Zürich & St. Gallen, Dike Verlag, 2007.
- Pihlajamäki, Heikki: “The Westernization of Police Regulation”, en Íd & Duve, Thomas (Eds.): *New Horizons in Spanish Colonial Law, Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Fráncfort del Meno, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 97-124.
- Putzer, Peter: “Wie lustig war das Zigeunerleben im Erzstift Salzburg? Ein Beitrag zur Geschichte des Erzstift-Salzburgischen Zigeunerrechts”, en revista *Salzburg Archiv*, no. 20, Salzburgo, Verein Freunde der Salzburger Geschichte, 1995, pp. 63-88.
- Radbruch, Gustav: “Zur Einführung in die Carolina & Der Raub in der Carolina”, en Íd.: *Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001, pp. 315-356.
- Roth, Andreas: “Landfriedensbruch”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2014, pp. 505-509.
- Rüping, Hinrich & Jerouschek, Günter: *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2011.

- Scheffknecht, Wolfgang: *Scharfrichter*, Constanza, UVK., 1995.
- Schennach, Martin P.: *Gesetz und Herrschaft, Die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2010.
- Schleich, Johann: *Hexen, Zauberer und Teufelskult in Österreich*, Graz, Steirische Verlagsgesellschaft, 1999.
- Schlosser, Hans: “Galeerenstrafe”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 1914-1917.
- Schmidt, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.
- Schmoeckel, Mathias: *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2005.
- *Humanität und Staatsraison*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2000.
- Schroeder, Friedrich-C.: *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, Stuttgart, Reclam Verlag, 2000.
- Schroeder, Klaus-P.: *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 2001.
- Schubert, Ernst: “Mobilität ohne Chance, Die Ausgrenzung des fahrenden Volkes”, en Schulze, Winfried (Ed.): *Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität*, Múnich, Oldenbourg, 1988, pp. 113-164.
- Segesser, Anton Philipp von: *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern*, tomo 4, Lucerna, Räber, 1858.
- Sellert, Wolfgang: “Landschädliche Leute”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2014, pp. 578-581.
- *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, tomo 1, Aalen, Scientia Verlag, 1989.
- *Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht*, Aalen, Scientia Verlag, 1965.

- Senger, Harro von: “Die Strafe im kaiserlichen China”, en Société Jean Bodin pour l’Histoire (Ed.): *La peine*, tomo 4, Bruselas, De Boeck, 1991, pp. 371-385.
- Senn, Marcel: *Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Zürich, Schulthess Verlag, 2007.
- Sickor, Jens Andreas: *Das Geständnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- Spicker-Beck, Monika: *Räuber, Mordbrenner, umschweifendes Gesind, Zur Kriminalität im 16. Jahrhundert*, Friburgo de Brisgovia, Rombach, 1995.
- Stolleis, Michael: *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009.
- Ströhmer, Michael: “Carolina (Constitutio Criminalis Carolina, CCC), Die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. im Kontext der frühneuzeitlichen Hexenprozesse”, en *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung*, 2003, disponible en: https://www.historicum.net/themen/hexenforschung/lexikon/sachbegriffe/artikel/Carolina_Constitutio_Criminalis_Carolina_CCC/ (18.2.2017).
- Stump, Brigitte: «*Adult time for adult crime*», *Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Sanktionierung junger Straftäter*, Godesberg, Forum-Verlag, 2003.
- Tomás y Valiente, Francisco: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.
- *La tortura judicial en España*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000.
- Torres Aguilar, Manuel et al.: *Manual de historia del derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 2015.
- Ulbricht, Otto: “Kindsmord in der Frühen Neuzeit”, en Gerhard, Ute (Ed.): *Frauen in der Geschichte des Rechts*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 1997, pp. 235-247.
- Voltmer, Rita & Irsigler, Franz: “Die europäischen Hexenverfolgungen der frühen Neuzeit”, en Beier-de-Haan, Rosmarie et al. (Eds.): *Hexenwahn, Ängste der Neuzeit*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2002, pp. 30-47.
- Vormbaum, Thomas: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3ª ed., Heidelberg, Springer Verlag, 2016. Traducción en inglés de la 1ª ed.: *A Modern History of German Criminal Law*, Berlín, Springer Verlag, 2014.

- Wadle, Elmar: *Verfassung und Recht, Wegmarken ihrer Geschichte*, Viena, Böhlau, 2008.
- Weber, Max: *Wissenschaft als Beruf*, Múnich, 1919, disponible en: <http://www.zeno.org/Soziologie/M/Weber,+Max/Schriften+zur+Wissenschaftslehre/Wissenschaft+als+Beruf> (21.2.2017).
- Weber, Hellmut von: “La Constitutio Criminalis Carolina de 1532”, en revista *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, no. 86, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 125-137. Título original en alemán: “Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.”, en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, GA, vol. 77, núm. 1, Viena, Böhlau, 1960, pp. 288-310.
- Wesel, Uwe: *Geschichte des Rechts*, 4ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Wieacker, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. Traducción en español: *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Granada, Ed. Comares, 2000.
- Willenberg, Nicola: “Lügen- und Ungehorsamsstrafen, Eine Fortsetzung der Folter?”, en Íd. & Altenhain, Karsten (Eds.): *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, Göttingen, V & R Verlag, 2011, pp. 115-146.
- Ziegler, Ernst: *Sitte und Moral in früheren Zeiten*, Sigmaringen, Thorbecke, 1991.
- Zopfs, Jan: “Die Fürsten schaffen die Folter ab, Zur Beseitigung der Folter in Preußen, Österreich und Bayern (1740-1806)”, en Altenhain, Karsten & Willenberg, Nicola (Eds.): *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, Göttingen, V & R Verlag, 2011, pp. 25-38.

DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL

FROM THE RULE OF LAW TO A CONSTITUTIONAL RULE OF LAW IN CRIMINAL MATTER

*Juan de Dios González Ibarra**

*Ramón García Jácome***

Fecha de recepción: 21 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 9 de febrero de 2017

RESUMEN

En materia criminal, nos falta incorporar el principio del interés superior de la víctima como orientador de la acción jurídica, para estar acordes con el nuevo paradigma del Estado Constitucional; esta carencia provoca hoy que la violación de derechos se presente cotidianamente en México hacia quien recibe el daño.

Palabras claves: Víctima, Estado de Derecho, Estado, Reforma, Derecho Penal, Derecho Victimal.

ABSTRACT

In criminal cases we need to incorporate the principle of the best interests of the victim, as a guiding of legal action to be consistent with the new paradigm of the Constitutional State, this deficiency causes today that the violation of rights is present daily in Mexico to who receives the hurt.

Keywords: Victim, Rule of law, State, Reform; Criminal Law, Victimhood Right.

* Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. SNI II. Licenciado en Derecho y Doctor en Ciencia Política Correo: drdiosgi@hotmail.com

** Doctor en Derecho e investigador por el Centro de Investigación y Docencia en Humanidades del Estado de Morelos. Correo: drdiosgi@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Las múltiples reformas que ha sufrido nuestra Constitución, sobre todo durante el periodo de 2008 a la fecha, en materia procesal penal y de derechos humanos, hizo que se diera la transición del Estado de Derecho en que nos encontrábamos al Estado Constitucional en el que actualmente nos ubicamos.

En efecto, el Estado de Derecho teniendo su origen en la doctrina alemana, es aquel que se rige por un sistema de leyes e instituciones ordenado en torno de una Constitución, la cual es el fundamento jurídico de las autoridades y funcionarios, que se someten a las normas de ésta. Cualquier medida o acción debe estar sujeta o referida a una norma jurídica escrita.

En un Estado de Derecho las leyes organizan y fijan límites a los derechos, en que toda acción está sujeta a una norma jurídica previamente aprobada y de conocimiento público. Por su parte, el Estado Constitucional surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista consolidado en Europa durante el siglo XV, y al descontento de su población.

La defensa de la persona frente al Estado se produce al inicio del constitucionalismo en el ámbito de la tolerancia religiosa, pero también en los campos del derecho penal y procesal penal, en donde se produjeron durante siglos varios de los mayores abusos en nombre de la ley, que entonces no era en sentido estricto una ley civil, sino también religiosa, con lo cual se borraba la frontera entre quienes cometían un delito y quienes eran acusados por la comisión de pecados.

El constitucionalismo como filosofía política aspira fundamentalmente a preservar el poder con la finalidad de conservar la libertad, para lo cual se hace necesario que cada Estado se dote de una regulación básica, el texto de una Constitución escrita, lo cual es una novedad histórica que aporta el siglo XVIII, que no existía durante el feudalismo.

El constitucionalismo aspira a basar la legitimidad de la actuación de las autoridades y el funcionamiento de todo el derecho, en el consenso racional de los miembros de la comunidad, tal como se percibe en la Declaración Francesa de 1789.

1. LOS JUICIOS ORALES EN MÉXICO

La instauración de los juicios orales en el país es una de las reformas que más polémica ha generado en los últimos años. Las principales fuerzas políticas se

han puesto de acuerdo en que este sistema cambiará en su totalidad el sistema de justicia penal que imperó en nuestro país desde el siglo pasado¹.

Con la instauración del sistema oral en materia procesal penal, debe materializarse la independencia de los jueces, tanto jurídica como económica, porque consideramos que de darse verdaderamente esta independencia, se generará un claro Estado de Derecho real y no sólo en la letra. En lo que se relaciona con el ministerio público, éste debe tener una capacitación constante, ser dotado de personal y herramientas materiales que hagan más eficiente su trabajo, y respecto a los agentes policíacos, consideramos que se debe contar, primero, con una reorganización con base en sus habilidades, aptitudes, experiencia y calidad moral con la que son vistos por la sociedad, pues con base en estos elementos, los mandos y direcciones de la policía serán más eficientes, y ello contribuiría a proteger la integridad física de las personas y sus bienes, ayudarían a prevenir la comisión de delitos e infracciones respecto de su participación en los juicios, tal preparación y habilidades harían más útil su coadyuvancia en la investigación y el esclarecimiento de los delitos y casos en los que se vean involucrados.

La forma de llegar a este tipo de agentes policíacos, de acuerdo con la experiencia comparada con países que tienen elementos efectivos, nos refiere que debe existir para tal actividad una carrera, que tenga a profesores con entrenamiento calificado y actual para poder desarrollar elementos de calidad, a los cuales a su vez, deben dárseles los recursos materiales idóneos y no obsoletos para ejercer con plenitud su labor, ya que ello ayudará a que cumplan con sus actividades y den buenos partes informativos, pues en el nuevo proceso que ahora ventilamos, de ello dependerá muchas veces el éxito del procedimiento que se lleve.

2. LA VÍCTIMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Etimológicamente, la palabra *victimología* está compuesta por las palabras “víctima” del latín *víctima*, que se refiere a la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo, en su propiedad, por otra, y de la raíz griega *logos*, que significa estudio o tratado. La victimología es la ciencia encargada del estudio de las víctimas, la victimización y la victimicidad².

El proceso de humanización del derecho internacional, manifestado tras la Segunda Guerra Mundial, en la progresiva conformación de los derechos humanos se ha visto enriquecido y ampliado desde mediados de la década de los

1 Ceballos Magaña, Rodrigo y Hernández Mateos, Óscar, *El juicio oral penal y su implementación en México*, México, Flores, 2012, p. 23.

2 Román Pinzón, Edmundo, *La víctima del delito en el sistema acusatorio y oral*, México, Flores, 2012, p.73.

ochenta del siglo pasado, por la presencia de las víctimas y la atención prestada a la misma por numerosas normas internacionales de distinta naturaleza jurídica.

En efecto, en el sector del derecho internacional relativo a la protección de los derechos humanos, el centro del mismo lo constituye la persona que ha padecido la privación del derecho o libertad, reconocida por la norma internacional frente al Estado, al que se le atribuye dicha violación. En el caso de las víctimas, la violación de la obligación o la comisión de un delito, o en otros términos, el hecho victimizador puede ser consecuencia de un comportamiento atribuible tanto al Estado como a un particular como a un grupo de particulares.³ Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos, cuenta tanto con órganos de control a los que las víctimas de violación de los derechos humanos pueden acudir y con técnicas de control que, según las circunstancias, esas mismas víctimas pueden utilizar —en el caso de las víctimas el recurso a tales órganos y a tales técnicas sólo es posible si los derechos violados por el comportamiento victimizador pertenecen a ese sector del Derecho Internacional y han sido cometidos por el Estado—.

El citado proceso humanizador del derecho internacional, trajo como consecuencia un conjunto de normas internacionales relacionadas con las víctimas, estableciendo siete categorías de víctimas, a saber: víctimas de delitos, víctimas de abuso de poder, víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos, víctimas de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, víctimas de desapariciones forzadas, víctimas del terrorismo y víctimas de violaciones del derecho internacional penal⁴.

La mayor parte de las normas internacionales relativas a las distintas categorías de víctimas constituyen la legislación penal existente en el orden interno de los Estados, bajo el criterio de cuya violación se determina la adquisición en éstos de la condición de víctima. Criterio y también condición previa, porque sin la tipificación como delito en el orden interno del Estado de la conducta en cuestión, la persona afectada no reúne dicha condición y, en consecuencia, no puede ejercer los derechos que le otorga la norma internacional.

Se trata de un catálogo de derechos que constituyen el mínimo común denominador sobre el que se asienta el estatuto jurídico internacional de las víctimas, con independencia del origen de la causa victimizadora. Los Estados tienen, en consecuencia, la obligación de hacer que esos derechos sean “efectivos” en los respectivos ordenamientos nacionales, lo que implica la obligación de adoptar

3 Fernández de Casadevante Romani, Carlos, *El Derecho Internacional de las Víctimas*, México, Porrúa, 2011, p. 275.

4 *Ibidem*, p. 276.

todas las medidas necesarias y adecuadas para que tales derechos puedan ser ejercidos por las víctimas.

Ahora bien, en relación a la definición de víctima desde el punto de vista internacional, si bien existen varias, éstas están formadas por tres principios fundamentales: el principio de conformidad, el principio de no discriminación y el principio de conformidad. El principio de conformidad es aquél mediante el cual la condición de víctimas es independiente del hecho de que el autor de la violación haya sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima. El principio de no discriminación, en virtud del cual los derechos inherentes a la condición de víctima serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico. Por último, el principio de conformidad, es aquél con el cual los Estados deben tratar a las víctimas respetando su dignidad y su vida privada y familiar⁵.

El catálogo de derechos que conforma el estatuto jurídico internacional de las víctimas está constituido por los siguientes derechos: derecho de asistencia de urgencia, derecho de asistencia a más largo plazo, derecho de investigación y de persecución, derecho de acceso efectivo al derecho y a la justicia, derecho a la reparación y a la indemnización, derecho a la protección de la vida privada y familiar, derecho a la protección de la dignidad y de la seguridad, derecho a la información, derecho a la formación específica de las personas encargadas de asistencia a las víctimas, derecho a la verdad y derecho a la memoria⁶.

3. DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y ABUSO DEL PODER DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1985

El 29 de noviembre de 1985, por Resolución 40/34, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso del Poder,⁷ documento que no tiene el alcance de tratado obligatorio, sin embargo, establece las reglas mínimas para el tratamiento que debe darse a las víctimas del delito, y ha sido proclamado

5 Ibidem, p. 280.

6 Ibidem, p. 282.

7 Román Pinzón, Edmundo, op. cit., p. 221.

como la carta magna del movimiento internacional de víctimas. La Declaración de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS –ONU- proporciona un referente de legislación y políticas sencillo y amigable para las víctimas; dicha declaración fue aprobada por México oportunamente.

En efecto, en el año de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció el daño experimentado por las víctimas del delito y del abuso del poder, así como la necesidad de prevenir antes que nada la victimización. Por ello, unánimemente adoptó la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y de Abuso del Poder⁸.

La declaración constituye un marco jurídico que ha de servir de base para la elaboración de las leyes correspondientes de los Estados miembros de la ONU. En ella se plantea la necesidad de elaborar directrices y normas para luchar contra los abusos que nacen del indebido uso del poder económico y político, así como de aquellas dirigidas a resarcir los daños ocasionados por la comisión de delitos y del mismo abuso del poder. Esta declaración tiene por objeto ayudar a los gobiernos y a la comunidad internacional en sus esfuerzos por garantizar la justicia y la asistencia a las víctimas del delito, además de señalar la importancia de decidir y proteger adecuadamente los derechos de las víctimas⁹.

Al reconocer los derechos de las personas que han sido víctimas de delitos, la declaración hace un aporte valiosísimo al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Los derechos reconocidos incluyen, en primer lugar, el acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño (artículo 4). En segundo lugar, se establece el principio importante de que las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad (artículo 4). Finalmente, la mencionada declaración dispone que los recursos judiciales y administrativos deben ser adecuados a las necesidades de las víctimas de los delitos¹⁰.

Consideramos importante destacar lo que la citada Declaración de Principios Fundamentales señala en torno a lo que debe entenderse por “víctimas”, enunciando que son todas aquellas personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal en

8 David, Pedro, y Vetere, Eduardo, coordinadores, *Víctimas del delito y del abuso de poder*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, p. 201.

9 *Ibidem*, p. 201.

10 O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, 2007, p. 504.

los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder¹¹. Con el calificativo de “víctima” también se incluye a los familiares o personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Por su parte, daño proviene del latín *damnum*, que significa daño, aunque ha tenido una acepción bastante amplia al dársele significados como: deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales de alguien¹².

4. LEY GENERAL DE VÍCTIMAS DEL 9 DE ENERO DE 2013

Ante la exigencia de la sociedad mexicana de que el Estado garantice de manera integral la asistencia y protección de las víctimas frente a la cifra negra y la impunidad¹³, el Estado emitió la Ley General de Víctimas cuyo objetivo es recoger y desarrollar puntualmente los derechos que les permitan a las víctimas acceder al servicio de asesoría jurídica gratuita y todos aquellos de los que disponen, con lo cual se pretende contribuir al fortalecimiento del Estado Democrático y Social de Derechos, a la reducción de la impunidad y a la provisión de justicia expedita para las víctimas, garantizando sus derechos a la asistencia, la protección, la ayuda urgente, la verdad, la justicia, la reparación integral y la sanción de los culpables.

La Ley de Víctimas se propone representar una respuesta a la demanda de visibilidad, dignificación y reconocimiento de derechos de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos, así como el reconocimiento del Estado mexicano de que le devienen obligaciones directas para la atención a estas víctimas, para que no sólo promueva la ayuda, atención y reparación integral, sino que además garanticen la no repetición de los actos victimizantes, y en general, eviten la criminalización y victimización secundaria de los afectados, entendiéndose por ésta aquella que ocurre no como resultado directo de la acción delictiva sino a través de las respuestas institucionales e individuales hacia la víctima¹⁴.

La Ley General de Víctimas es reglamentaria del tercer párrafo del artículo 1º, del artículo 17, y del apartado C del artículo 20, todos de la Constitución

11 Lima Malvido, María de la Luz, *Modelo de atención a víctimas en México*, México, Porrúa, 2004, pp. 161-162.

12 Malváes C., Jorge, *La reparación del daño al ofendido o víctima del delito*, México, Porrúa, 2008, p. 97.

13 Marchiori, Hilda, *Criminología, La víctima del delito*, México, Porrúa, 2013, pp. 167 y 168.

14 Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Manual de justicia para víctimas, sobre el uso y aplicación de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder*, México, INACIPE, 2004, p. 26.

General de la República¹⁵, siendo a través de dicha ley victimal que se pretende enfrentar de manera global la problemática que afecta a las víctimas en nuestro país. El objeto de la citada ley es establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas, que posibiliten el goce efectivo de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y garantías de no repetición. Contemplando, asimismo, sus derechos a ayuda, atención y asistencia.

Históricamente la víctima había ocupado un lugar secundario en el Derecho Penal. Los derechos se habían relacionado con mayor profundidad alrededor del imputado, ya que éste había tenido que soportar la carga del poder punitivo del Estado en su contra, en aras de lograr un derecho penal de corte democrático, basado en el respeto a los derechos humanos de las personas.

Es a través del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de los planteamientos que a partir del mismo se dan en la justicia restaurativa, que se comienza a reconocer un lugar a la víctima. La justicia restaurativa nace de una interpretación de resoluciones de derechos humanos y se caracteriza por la reivindicación de los derechos de las víctimas, en tanto que expresión de justicia en clave de derechos humanos. No tiene por objeto la venganza del Estado, sino la reivindicación o recuperación de la víctima. El victimario tiene un papel activo: reconocer que cometió una falta. Pero es papel del Estado velar porque los derechos de ambos, víctima e imputado, sean respetados en aras de garantizar un verdadero Estado de Derecho.

Atento al texto de la citada ley, son víctimas directas¹⁶ aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquier puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos, como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Son víctimas indirectas, los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella¹⁷. Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima, ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito¹⁸.

La calidad de víctima se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos, independientemente de que la víctima participe en algún proce-

15 *Ley General de Víctimas*, México, Procuraduría Social de Atención a las Víctimas y por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013, p. 48.

16 *Ibidem*, p. 115.

17 *Ídem*.

18 *Ídem*.

dimiento judicial o administrativo, y en el caso de los grupos, comunidades u organizaciones sociales, cuando éstos hubiesen sido afectados en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos, como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

Con base en la ley en estudio, las víctimas tienen entre otros derechos, en lo general: derecho a una investigación pronta y eficaz, a ser reparadas por el Estado y a conocer la verdad de lo ocurrido, por violación de los derechos humanos; a que se le brinde protección y se salvaguarde su vida y su integridad corporal, en los casos de delincuencia organizada; a ser tratada con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, por parte de los servidores públicos responsables del cumplimiento de la ley en tratamiento; a solicitar y recibir ayuda, asistencia y atención oportuna, rápida y gratuita por personal especializado, en relación al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante; a la verdad, justicia y reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles; a la protección del Estado, incluido el bienestar físico y psicológico y la seguridad de la víctima, con independencia de que se encuentre dentro de un procedimiento penal o de cualquier otra índole; a conocer el estado de los procesos judiciales y administrativos en los que tenga un interés como interviniente; a ser notificada de las resoluciones relativas al registro de ayuda, asistencia y reparación integral; a retornar a su lugar de origen; a no ser discriminada ni limitada en sus derechos; a recibir tratamiento especializado que permita su rehabilitación física y psicológica; a una investigación pronta que lleve a la identificación, captura, procesamiento y sanción de los responsables del daño, al esclarecimiento de los hechos y a la reparación del daño; a ejercer los recursos legales en contra de las decisiones que afecten sus intereses y el ejercicio de sus derechos; a que se le otorgue, en caso procedente, la ayuda provisional; a recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor de su lengua, en caso de que no comprenda el idioma español o tenga discapacidad auditiva, verbal o visual; y los señalados en la Constitución, los Tratados Internacionales, la Ley de Víctimas y cualquier otra disposición aplicable en la materia, entre otros, todos contenidos en el artículo 7º de la ley en tratamiento¹⁹.

Ahora, por lo que hace al proceso penal, la Ley de Víctimas, en relación con la propia víctima, señala que goza del derecho a ser informada de forma clara y precisa de sus derechos por parte del Ministerio Público o de la autoridad con la que tenga contacto o que conozca del hecho delictivo; a que se le repare el daño en forma expedita, proporcional y justa; a coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban los elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, y a intervenir en el juicio como parte; a ser asesorada y representada en la investigación y en el proceso por un asesor

19 Ibidem, pp. 124-128.

jurídico; a impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento, con independencia de que se haya reparado o no el daño; a comparecer en la fase de investigación o al juicio y a que sean adoptadas medidas para proteger su intimidad, identidad y otros datos personales; a que se garantice su seguridad así como la de sus familiares y la de sus testigos contra todo acto de amenaza, intimidación o represalia; a rendir o ampliar sus declaraciones sin ser identificadas dentro de la audiencia, teniendo la obligación el juez de resguardar sus datos personales y, si lo solicitan, hacer la declaración por medios electrónicos; a obtener copia simple, gratuita e inmediata de las diligencias en que intervengan; a solicitar medidas precautorias o cautelares para su seguridad y protección y la de los testigos de cargo; a que se le informe sobre la realización de las audiencias donde se vaya a resolver sobre sus derechos y a estar presente en las mismas; a que se le notifique toda resolución que pueda afectar sus derechos y a impugnarla; en los casos de violaciones graves a los derechos humanos, solicitar la intervención de expertos independientes para que colaboren con las autoridades competentes en la investigación de los hechos y la realización de peritajes²⁰.

Aspecto importante es que, para el caso de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia o deje de presentarse ante el juez los días que se hubiesen señalado para tal efecto u omite comunicar los cambios de domicilio que tuviere o se ausentara del lugar del juicio sin autorización de la autoridad jurisdiccional, se ordenará por parte del juez, sin demora, se entregue la suma que garantice la reparación del daño a la víctima, lo que no implicará que se haya efectuado la reparación integral del daño. Para el caso de que la garantía se haya hecho por hipoteca o prenda, el juez remitirá los bienes a la autoridad fiscal respectiva para su cobro, el cual deberá entregarse sin dilación a la víctima. En los mismos términos, los fiadores están obligados a pagar en forma inmediata la reparación del daño, aplicándose para su cobro el procedimiento económico coactivo que las leyes fiscales señalen.

En otro aspecto, la Ley General de Víctimas, en relación al derecho a la reparación integral, señala que tal derecho comprende las medidas de restitución, que buscan devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o la violación de sus derechos humanos; medidas de rehabilitación, que buscan facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de la violación de derechos humanos; medidas de compensación, que han de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad de los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicas evaluables como

20 Ibidem, pp. 131-133.

consecuencia del hecho punible cometido o la violación de derechos humanos; medidas de satisfacción, que se proponen reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas; las medidas de no repetición, que buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir; todo lo anterior por disposición expresa del artículo 27 de la Ley General de Víctimas²¹.

En materia de salud, los gobiernos federal, estatal y municipal, tienen obligación de dar atención médica de emergencia y de manera inmediata a las víctimas que lo requieran, con independencia de su capacidad socioeconómica o nacionalidad y sin exigir condición previa para su admisión.

Los servicios médicos de emergencia consisten en la hospitalización, material quirúrgico, incluidas prótesis para quienes lo requieran para su movilidad, medicamentos, honorarios médicos, en caso que los servicios de salud no cuenten con los que la víctima requiera. También incluye servicios de análisis médicos, laboratorios e imágenes diagnósticas; transporte y ambulancia; servicios de atención mental cuando la víctima quede gravemente afectada psicológica y psiquiátricamente, a consecuencia de la comisión del delito; servicios odontológicos reconstructivos por los daños causados por la comisión del delito o la violación de los derechos humanos; servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la ley, con respeto a la voluntad de la víctima; atención para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres víctimas, lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley General de Víctimas²².

En el caso de que la víctima haya erogado los gastos correspondientes al material quirúrgico, medicamentos y honorarios médicos porque la institución médica a la que acudió no cuente con ellos o se niegue a proporcionar la ayuda o servicio, la Federación, los Estados o los municipios, le reembolsarán de manera inmediata. Igualmente, en caso de fallecimiento de la víctima directa, los citados entes de gobierno están obligados a cubrir los gastos funerarios en los casos de homicidio, lo anterior conforme a las normas reglamentarias correspondientes.

Igualmente, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), y su análogo, similar o correlativo en las entidades federativas y los municipios, de los que dependan las casas de refugio correspondientes, contratarán los servicios o los brindarán directamente. Estos servicios abarcan el alojamiento y alimentación en condiciones de seguridad y dignidad a las víctimas que se encuentren en condición de vulnerabilidad, amenazadas o desplazadas de su lugar de residencia, por causa del delito cometido en su contra o la violación de

21 Ibidem, p. 141.

22 Ibidem, pp. 143 y 144.

sus derechos humanos, ello durante el tiempo necesario para que pueda retornar a su lugar de origen en condiciones de seguridad y dignidad.

También se apoyará a la víctima en materia de transporte, cuando se encuentre en un lugar distinto al de su residencia y desee regresar al mismo. Las autoridades competentes pagarán los gastos correspondientes, garantizando que el medio de transporte utilizado por la víctima sea el más seguro y cause menor trauma de acuerdo con sus condiciones.

En materia de protección a la víctima, las autoridades, de acuerdo con sus condiciones y capacidades, deben adoptar con carácter inmediato, medidas suficientes para evitar que la citada víctima sufra alguna lesión o daño, cuando se encuentre amenazada en su integridad personal o en su vida o existan razones para presumir que dichos derechos están en riesgo, lo anterior conforme al artículo 40 de la Ley de Víctimas en mención²³.

Otro aspecto a destacar de la Ley General de Víctimas, es el relativo a la creación del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, que es la instancia de coordinación y formulación de políticas públicas, cuyo objeto es la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de las víctimas en los ámbitos federal, estatal y municipal.

El Sistema Nacional de Atención a Víctimas está integrado por: el Presidente de la República, quien lo presidirá; el Presidente de la Comisión de Justicia de la Conferencia Nacional de Gobernadores; el Secretario de Gobernación; el Presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados; el Presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de Senadores; un integrante del poder legislativo de los Estados y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; el Presidente del Consejo de la Judicatura Federal; el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y un representante de organismos públicos de protección de los derechos humanos de los Estados y del Distrito Federal. Lo anterior conforme al Artículo 82 de la Ley General de Víctimas²⁴.

El Registro Nacional de Víctimas constituye el mecanismo administrativo y técnico que soporta todo el proceso de ingreso y registro de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos al sistema, creado para tener acceso oportuno y efectivo a las medidas de ayuda y reparación integral.

Para que las autoridades competentes procedan a la inscripción de la víctima en el registro correspondiente, deberán satisfacerse los requisitos establecidos

23 Ibidem, p. 149.

24 Ibidem, pp. 169 y 170.

en el artículo 99 de la Ley General de Víctimas²⁵. El citado registro de víctimas tiene como objeto permitir el acceso de la víctima del delito y/o de violación de derechos humanos, al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, para que se le brinden los recursos necesarios correspondientes. Por su parte, el Fondo de Ayuda, se conformará con los recursos previstos expresamente para dicho fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación, sin que se pueda disponer de dichos recursos para fines distintos a los que es autorizado. El monto que apruebe anualmente la Cámara de Diputados, será de 0.014 % del Presupuesto de Egresos de la Federación, y el producto de la enajenación de los bienes que sean decomisados en los procedimientos penales, una vez cubierta la compensación correspondiente; los recursos provenientes de las finanzas o garantías que se hagan efectivas cuando los procesados incumplan con las obligaciones impuestas por la autoridad respectiva; el monto de las reparaciones del daño no reclamadas; las aportaciones que hagan a este fin en efectivo o en especie las personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, de manera altruista; los rendimientos que generen los recursos del fondo; los montos recuperados con motivo del derecho de repetición en términos de ley, y los recursos que se determinen en las disposiciones aplicables. Lo anterior conforme al texto del artículo 132 de la Ley General de Víctimas²⁶.

Bajo la actual situación esquemática del ordenamiento legal en tratamiento, se considera urgente establecer un espacio digno para las víctimas, pues resulta criticable a las autoridades ministeriales el hecho de que no sólo niegan su igualdad de derechos, sino que frecuentemente realizan una revictimización a quienes han sufrido un delito, negándoles un efectivo y pronto acceso a la justicia. Y otro aspecto a destacar es la incipiente capacitación de policías y ministerios públicos en temas tan delicados como la debida atención que merecen las víctimas, sobre todo en materia de derechos humanos, pues significa hacer uso de los derechos contenidos en los Tratados Internacionales.

La Ley General de Víctimas debe tener como objetivo la urgente necesidad de fortalecer las instituciones y el andamiaje jurídico para que, por medio de ellos, se diriman las controversias entre ciudadanos, se proteja al inocente y no quede impune el delito, por lo cual, el papel de las víctimas es preponderante y central en el nuevo sistema de justicia penal, para que obtengan la compensación y ayuda que marca la norma en forma menos burocrática. Igualmente, resulta urgente implementar en México un sistema de supervisión y regulación que impida el descuido, la incompetencia y la corrupción de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia.

25 Ibidem, pp. 187 y 188.

26 Ibidem, pp. 216 y 217.

5. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL 5 DE MARZO DE 2014

El Código Nacional de Procedimientos Penales fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, y conforme a su artículo transitorio segundo, a nivel federal entra en vigor gradualmente, conforme a la declaratoria correspondiente que para tal efecto emita el Congreso de la Unión, formado por las Cámaras de Senadores y de Diputados, sin que pueda exceder del 18 de junio del 2016. En tanto que a nivel Estatal y del Distrito Federal, entra en vigor en los términos que establezca la declaratoria que emita cada Congreso estatal y la Asamblea de Representantes en el caso del Distrito Federal, para la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en cada una de las entidades. En todos los casos, tanto a nivel federal como estatal, entre la declaratoria mencionada y la entrada en vigor del citado Código Nacional, deberán mediar sesenta días naturales²⁷. Así, a la fecha (enero de 2016), veinticuatro Estados han emitido la declaratoria de inicio de vigencia a nivel federal del Código Nacional de Procedimientos Penales, a saber: Durango y Puebla, ambos vigente a partir del 24 de noviembre de 2014, Yucatán y Zacatecas, a partir del 16 de marzo de 2015, Baja California Sur, Guanajuato, Querétaro y San Luis Potosí, a partir del 1 de agosto de 2015, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Nayarit, Oaxaca, Sinaloa y Tlaxcala, a partir del 30 de noviembre de 2015, Aguascalientes, Colima, Estado de México, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Quintana Roo, Tabasco y Distrito Federal, a partir del próximo 29 de febrero del 2016.

A nivel estatal, a la fecha (6 de enero de 2016), son catorce entidades federativas que por medio de sus Congresos Estatales, han emitido la declaratoria de inicio de vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, conforme a la formas y fechas siguientes: Puebla, en forma gradual, a partir del 21 de mayo de 2014; Quintana Roo, de forma gradual, a partir del 10 de junio de 2014; Tamaulipas, gradualmente, a partir del 1 de julio de 2014; Guerrero, gradualmente, a partir del 30 de septiembre de 2014; Tabasco, gradualmente, a partir del 6 de octubre de 2014; Colima, en forma gradual, a partir del 19 de noviembre de 2014; Tlaxcala, de manera gradual, a partir del 31 de diciembre de 2014; Zacatecas, en forma gradual, a partir del 5 de enero de 2015; Chiapas, de forma gradual, a partir del 25 de febrero del 2015; Morelos, su aplicación es de forma integral, a partir del 9 de marzo de 2015; Oaxaca, de forma gradual, a partir del 2 de diciembre de 2015; Nuevo León, integral, a partir del 1 de enero de 2016; Guanajuato, en forma integral, a partir del 1 de junio de 2016; Chihuahua, integral, a partir del próximo 13 de junio de 2016.

27 *Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, ISEF, 2014, pp. 152 y 153.

El nuevo sistema de Justicia Penal implementado en México a partir de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, no solo recoge una gama de derechos sustantivos de trascendencia a favor del imputado que le garantizan su debido proceso, sino que tal prerrogativa les es extensiva a las víctimas del delito, a fin de lograr un equilibrio entre las partes, razón por la cual, la citada reforma constitucional impactó de forma trascendental infinidad de disposiciones legales prescritas en leyes secundarias a fin de garantizar su efectivo ejercicio, como se observa en el artículo 10 del Código Nacional de Procedimientos Penales al recoger el principio de igualdad ante la Ley²⁸.

En efecto, a diferencia del sistema penal tradicional, en el que la víctima del delito contaba con derechos limitados y supeditados a la decisión del Ministerio Público para hacerlos valer ante las instancias judiciales, en el sistema de justicia de corte acusatorio adversarial adquiere la facultad de acudir a la investigación y al juicio, a hacer valer sus derechos de forma directa ante las instancias correspondientes, como se establece en el artículo 109 del Código Nacional Adjetivo Penal; incluso de acudir ante la autoridad judicial federal a interponer juicio de Amparo cuando considere que se violentan sus derechos humanos fundamentales, lo que se desprende del ordinal 5º de la actual Ley de Amparo²⁹.

Es tal el equilibrio de los derechos de las partes en una controversia jurídico penal, que la actividad de la víctima del delito no queda siempre sujeta a la coadyuvancia del Fiscal como órgano encargado de investigar y perseguir los delitos tratándose de la acción pública, puesto que el pasivo del delito tiene a su favor la acción privada. Con esto se ha rescatado a la víctima del olvido en el derecho penal mexicano³⁰.

La acción privada encuentra su fundamento en la facultad que tiene la víctima para acudir directamente ante un juez de control a presentar la acusación en contra de un sujeto imputado de la comisión de delitos determinados por la propia ley, sin necesidad de acudir previamente ante un fiscal o agente del Ministerio Público.

Circunstancias a destacar del Código Nacional en tratamiento, son los principios del procedimiento, citando que el proceso penal debe ser acusatorio y oral, en el que deben observarse los principios de publicidad, concentración,

28 *Ibidem*, p. 4.

29 *Nueva Ley de Amparo 2013*, México, Gallardo, 2013, p. 12.

30 Zamora Grant, José, *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM/IIJ, Serie Juicios Orales Num. 11, 2016, p. 23, disponible en línea en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3638-la-victima-en-el-nuevo-proceso-penal-acusatorio-serie-juicios-orales-num-11>

contradicción, continuidad e inmediatez, independientemente de los previstos en la Constitución, los Tratados Internacionales y otras leyes.

La publicidad consiste en que todas las audiencias deben ser públicas, para que a ellas accedan no sólo las partes, sino el público en general, con las excepciones previstas en el propio ordenamiento, y en el caso de los periodistas y medios de comunicación, accederán en los casos y condiciones que sean determinados por el juez, conforme a lo dispuesto en la Constitución, el propio Código Nacional y los Acuerdos emitidos por el Consejo de la Judicatura correspondiente³¹.

El principio de contradicción consiste en que las partes pueden conocer, controvertir o confrontar las pruebas y oponerse a las peticiones y alegatos de la parte contraria, con excepción de las limitaciones previstas en el código en estudio. La continuidad, consiste en que las audiencias se llevan a cabo en forma continua, sucesiva y secuencial, salvo las excepciones previstas en el propio código. La concentración, significa que las audiencias se desarrollen preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, salvo las excepciones previstas en el Código Nacional. La inmediatez, consiste en que toda audiencia se desarrollará integralmente en presencia del juzgador y de las partes que deban intervenir, bajo las excepciones previstas en el citado código.

En cuanto a los derechos en el propio procedimiento penal, las partes tendrán derecho a la intimidad y privacidad, a una justicia pronta, a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata, a ser informado de sus derechos y al respeto a su libertad personal, conforme a lo dispuesto en los artículos 15 al 19 del Código Nacional de Procedimientos Penales³².

Una circunstancia importantísima que aporta el nuevo Código Nacional, es la relativa a que contempla a la víctima u ofendido como sujeto del procedimiento penal, y como tal tiene la calidad de parte en los procedimientos penales correspondientes, así, ahora tiene una añorada igualdad con el imputado, pues en equidad de circunstancias participan en el proceso penal. A la víctima u ofendido se suman como sujetos procesales, el asesor jurídico, el imputado, el defensor, el Ministerio Público, la policía, el órgano jurisdiccional y la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso³³.

Para efectos procedimentales, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Ofendido, a la persona física o moral titular del bien jurídico lesio-

31 *Código Nacional de Procedimientos Penales*, artículo 5º, p. 3.

32 *Ibidem*, p. 5.

33 *Ibidem*, artículo 105, p. 32.

nado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito. Ahora bien, en los delitos cuya consecuencia sea la muerte de la víctima o en el supuesto de que ésta no pudiera ejercer personalmente sus derechos, se consideran como ofendidos al o a la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima. Lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 108, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Conforme al Código Nacional, la víctima o el ofendido, en los procedimientos penales tiene derecho a ser informada de los derechos que en su favor establece la Constitución General de la República; a que el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional les faciliten el acceso a la justicia y les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados, con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia, eficacia y con la debida diligencia; a contar con información sobre los derechos que en su beneficio existan, como ser atendidos por personal del mismo sexo o que la víctima elija, cuando lo requieran, recibir atención médica y psicológica de urgencia, así como asistencia jurídica a través de un asesor jurídico en cualquier etapa del procedimiento; a ser tratada con respeto y dignidad; a recibir un trato sin discriminación; a participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias; a recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor; a intervenir en todo el procedimiento por sí o a través de su asesor jurídico; a solicitar medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares; a impugnar por sí o por medio de su representante, las omisiones o negligencia del Ministerio Público en el desempeño de su función en la investigación; a que se le repare el daño causado por la comisión del delito, pudiendo solicitarlo directamente ante el juez, sin perjuicio de que lo haga el Ministerio Público, entre otras previstas en el artículo 109, del Código Nacional en estudio³⁴.

Ahora bien, en relación a las acciones que garanticen la reparación del daño, la víctima, el ofendido o el Ministerio Público, podrán solicitar al juez como providencias precautorias, el embargo de bienes y la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, para lo cual el representante social, la víctima o el ofendido, aportarán los datos de prueba suficientes de los que se desprenda la posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será el responsable de repararlo. Medida que tendrá una duración máxima de sesenta días naturales, prorrogables hasta por treinta días. Todo lo anterior conforme al texto de los artículos 138 y 139 del Código Nacional³⁵.

34 Ibidem, pp. 34 y 35.

35 Ibidem, p. 48.

Igualmente, la víctima o el ofendido pueden impugnar la resolución del juez de control, tribunal de enjuiciamiento o tribunal de alzada, relativa al desistimiento de la acción penal del Ministerio Público, cuando esta es peticionada antes del dictado de la resolución de fondo de segunda instancia.

En relación a las medidas cautelares, son impuestas mediante resolución por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, para garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, del testigo o evitar la obstaculización del procedimiento. Para su procedencia siempre debe mediar petición del Ministerio Público, de la víctima o del ofendido, y para ello deben estar vigentes las circunstancias de que exista formulada la imputación y el imputado se haya acogido al plazo o término constitucional, y que se haya vinculado al proceso. Lo anterior conforme a lo ordenado en el artículo 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales³⁶.

Igualmente, se podrán imponer al imputado una o varias de las medidas cautelares consistentes en: la presentación periódica ante el juez o autoridad distinta que aquél designe; la exhibición de una garantía económica; embargo de bienes; inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a esta última; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares; la prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; la separación inmediata del domicilio; la suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; la suspensión temporal de una determinada actividad profesional o laboral; la colocación de localizadores electrónicos; el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, y la prisión preventiva. Artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales³⁷.

Otro aspecto importante que ahora tiene la viabilidad de presentarse y proceder dentro del procedimiento penal en México, es la solución alterna como forma de terminación anticipada del juicio, en la que se aplicarán las formas del procedimiento abreviado. La ley en tratamiento, reconoce como formas de solución alterna, el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. También reconoce como forma de terminación anticipada del proceso, al procedimiento abreviado³⁸.

36 Ibidem, p. 55.

37 Ibidem, p. 56.

38 Ibidem, p. 65.

Los acuerdos reparatorios sólo proceden en los casos de delitos perseguidos por querrela necesaria, culposos, o patrimoniales, cometidos sin violencia sobre las personas. Procederán hasta antes de dictarse el auto de apertura de juicio. Conforme al texto de los artículos 187 y 188 del Código Nacional de Procedimientos Penales³⁹.

En lo relativo a la suspensión condicional del proceso, dicha medida de solución alterna debe entenderse como el plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del inculpado a una o varias condiciones que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido, y que en caso de cumplirse, dé lugar a la extinción de la acción penal; dicho planteamiento debe hacerse por medio del Ministerio Público o por el imputado ante el juez de control, cubriendo como requisitos que el auto de vinculación al proceso se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, y que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido. Lo anterior conforme al texto del artículo 192 del Código Nacional de Procedimientos Penales⁴⁰. La medida puede solicitarse hasta antes de acordarse la apertura del juicio. Resultando oportuno mencionar que el plan de reparación del daño causado debe contener la forma y el plazo para cumplirlo, el cual no será inferior a seis meses ni superior a tres años.

Otra fase donde la víctima o el ofendido pueden participar activamente es en la etapa intermedia, que tiene como objetivo el ofrecimiento y admisión de las pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos materia del juicio, la que se compone de dos fases, una escrita que inicia con la acusación del Ministerio Público y comprende todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia, y otra oral, que inicia con la celebración de la audiencia intermedia y concluye con el auto de apertura a juicio⁴¹.

Previamente a la celebración de la etapa intermedia, se ordenará notificar a la víctima u ofendido que se ha presentado la acusación, entregándole copia de la misma, para estar en condiciones de señalar fecha de la audiencia intermedia; el Ministerio Público pondrá a disposición de las demás partes los antecedentes acumulados durante la investigación. La víctima u el ofendido, dentro de los tres días siguientes al de la notificación aludida, puede mediante escrito constituirse como coadyuvante en el proceso, señalar vicios formales de la acusación y requerir su corrección, ofrecer los medios de prueba que estime necesarios para complementar la acusación del Ministerio Público y solicitar el pago de la

39 Ibidem, pp. 65 y 66.

40 Ibidem, p. 67.

41 Ibidem, artículo 334, p. 108.

reparación del daño y cuantificar su monto⁴². Lo anterior conforme al texto del artículo 338 del Código Nacional de Procedimiento Penales.

Finalmente, tenemos instaurada en favor de la víctima u ofendido del delito, la acción penal por particulares, que ahora no sólo puede ser ejercida por el Ministerio Público, sino también por los particulares que tengan la calidad de víctimas u ofendidos. En efecto, el Título X, Capítulo III, del Código Nacional de Procedimientos Penales, prevé que dicha acción penal puede ser ejercitada por la víctima u ofendido en el caso de los delitos perseguibles por querrela, con penalidad alternativa distinta a la privativa de libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión, como lo establece el artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales⁴³.

Así, la víctima o el ofendido podrán acudir ante el juez de control para ejercer acción penal por particulares, cuando cuenten con los datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho calificado por la ley como delito, y exista la posibilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, sin necesidad de acudir con el Ministerio Público. El particular al ejercitar la acción penal ante el juez de control, puede solicitar, previo cumplimiento de los requisitos formales y materiales, la orden de comparecencia en contra del imputado o su citación a la audiencia inicial, y el reclamo de la reparación del daño⁴⁴.

A partir de la reforma constitucional de 18 de junio del 2008, se da nacimiento a un sistema de enjuiciamiento penal mixto, en el que algunos delitos son perseguidos mediante la acción pública de la que se encuentra dotado el Ministerio Público, y otros en menor cantidad a través de la acción privada, en los que el particular queda facultado en forma optativa para acudir directamente ante la autoridad judicial a solicitar la acusación en contra del imputado por un delito cometido en su agravio, o de hacerlo por conducto del Ministerio Público para la salvaguarda del interés social.

La reforma aludida refiere en el artículo 21, párrafo segundo, de la Constitución, que “El ejercicio de la acción penal ante los Tribunales corresponde al Ministerio Público; la ley determinara los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

Finalmente, en materia de recursos, la víctima o el ofendido, aunque no se hayan constituido como coadyuvantes del Ministerio Público, pueden impugnar por sí o a través del representante social, las resoluciones que versen sobre la reparación

42 Ibidem, p. 110.

43 Ibidem, pp. 134 y 135.

44 Ibidem, artículo 430, p. 135.

del daño causado por el delito, las que pongan fin al proceso y las que se produzcan en la audiencia de juicio, cuando hubiere participado en ellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 459 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En torno a las tres direcciones antes citadas, la preparación de los operadores del Derecho Procesal Penal, aun cuando ya ha iniciado, no es suficiente porque el Derecho es una ciencia teórico-práctica, que implica una o dos generaciones de abogados egresados de las universidades, así como una intensa capacitación de los actuales operadores del Derecho Procesal. Aquí el problema no es si habrá o no en el futuro los recursos materiales para el funcionamiento del nuevo sistema procesal, sino si es adecuada o no su implementación en todo el país. Igualmente, si tomamos en cuenta que las sociedades no se transforman por una ley, que su evolución es lenta y que cada entidad posee particularidades sociales específicas, el sistema procesal impuesto se tendrá que evaluar en forma regional.

6. LEY DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN A VÍCTIMAS DEL DELITO Y DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS PARA EL ESTADO DE MORELOS, DEL 17 DE JULIO DE 2013

Esta ley vigente en el Estado de Morelos desde el 18 de julio de 2013, publicada en el periódico oficial *Tierra y Libertad* el 17 del mismo mes y año, igual que la Ley General de Víctimas, debe ser interpretada conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de Derecho Humanos en los que México sea parte, y a la Ley General de Víctimas, favoreciendo en todo tiempo la protección de los derechos de las víctimas de los delitos, aplicando la norma que más favorezca a la persona, en caso de incompatibilidad de disposiciones que protejan a las víctimas, conforme a los artículos 3 y 4 de la Ley en comentario⁴⁵.

Define a las víctimas directas, indirectas y potenciales, así como la forma en que se adquiere su calidad, en idénticos términos a como se establecen tales conceptos en la Ley General de Víctimas. Igualmente, el dispositivo victimal estatal en tratamiento, prevé como principios rectores del procedimiento respectivo, el debido proceso y el deber de investigar, la gradualidad, la prioridad y la sostenibilidad.

Conforme al texto del artículo 12 de la ley en comentario, las víctimas deben recibir ayuda inmediata desde el momento en que las autoridades tengan conocimiento

45 Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos, Periódico Oficial “Tierra y Libertad”, p. 13.

del hecho victimizante o la violación de derechos humanos, estas deben garantizar las necesidades de alimentación, su aseo personal, manejo de abastecimientos, atención médica y psicológica de urgencia, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas y seguras.

Para el efecto, en el Estado de Morelos se crea un Programa Único de Ayuda, Asistencia y Atención Integral para las Víctimas y sus familias, compuesto por los servicios de salud, alojamiento y alimentación, transporte, protección, asesoría y acompañamiento jurídico, tendiente a restablecer a la víctima en el ejercicio pleno de sus derechos.

Es igualmente de destacar, la creación en la ley en estudio del Representante Especial para niños, niñas y adolescentes, el que, sin perjuicio de las competencias del Ministerio Público, debe acompañar a los menores de edad en todo lo que se refiere a la aplicación de la citada ley⁴⁶.

En materia de salud, las instituciones hospitalarias públicas del Estado y sus Municipios, tienen la obligación de dar atención de urgencia a las víctimas que lo requieran, con independencia de su capacidad socioeconómica o nacionalidad y sin exigir condición previa para su admisión.

Los servicios de emergencia consistirán en la hospitalización, el material médico quirúrgico, incluidas prótesis, órtesis y demás instrumentos que la persona requiera para su movilidad; medicamentos; honorarios médicos, en caso de que el sistema de salud más accesible para la víctima no cuente con los servicios que requiere de manera inmediata; servicios de análisis clínicos, laboratorios e imágenes diagnósticas; unidades móviles de atención hospitalaria; servicios de atención mental, en casos en que la persona victimizada quede gravemente afectada psicológica o psiquiátricamente; servicios odontológicos reconstructivos por los daños causados por el hecho victimizante.

Por disposición de la Fracción XI, del artículo 20, de la Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos, para el caso de que la unidad médica a la que asista o a la que sea enviada la víctima no cuente con el material médico quirúrgico, los medicamentos, y sus costos junto con los honorarios médicos correspondientes sean sufragados por la víctima, la autoridad estatal o municipal que corresponda los reembolsará de forma completa e inmediata⁴⁷. Caso en el que se propone la eliminación del señalamiento de la Fracción, pues no corresponde a un servicio de emergencia que se enumere, sino que explica las consecuencias que tendrían

46 Ibidem, p. 18.

47 Ibidem, p. 19.

el Estado o los ayuntamientos, en caso de no contar o no proporcionar los servicios de emergencia citados, los que tendría que pagar las instancias de gobierno precitadas, si la víctima realiza los pagos correspondientes.

Aspectos a destacar de la ley victimal en tratamiento, son las medidas de alojamiento, alimentación y transporte, respecto las cuales el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) en el Estado y en los municipios, brindarán o contratarán su prestación en condiciones de seguridad y dignidad a las víctimas en especial situación de vulnerabilidad o que se encuentren amenazadas o desplazadas de su lugar de residencia por causa del hecho punible o la violación de sus derechos humanos. Estos servicios se deben prestar durante todo el tiempo necesario para garantizar a la víctima superar su estado de emergencia y pueda retornar libremente en condiciones seguras y dignas a su hogar. Lo anterior por disposición expresa de los artículos 25 y 27 de la Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos⁴⁸.

En cuanto a los derechos de las víctimas en el proceso penal, dicha ley victimal señala que se tiene derecho a acceder a la justicia en términos constitucionales, garantizándole el derecho a conocer la verdad, realizar la investigación con la debida diligencia de forma inmediata y exhaustiva, con el respeto al debido proceso, a que sean enjuiciados y sancionados los culpables, y a obtener una reparación integral por los daños sufridos.

Además de los citados en nuestra Constitución, las víctimas tendrán como derechos, entre otros, a ser informadas de sus derechos que en su favor establecen la Constitución, los Tratados Internacionales y la ley victimal en estudio, por el Ministerio Público o por la primera autoridad con la que tenga contacto o que conozca del hecho delictivo; a que se le repare el daño en forma proporcional y justa; a coadyuvar con el Ministerio Público para que le sean recibidos los datos o elementos de prueba con los que cuente; a intervenir en el juicio como parte plena, ejerciendo sus derechos; a ser asesorada y representada dentro de la investigación y del proceso por un asesor jurídico; a tener expedito el derecho a una segunda instancia y a otros recursos ordinarios y extraordinarios en las mismas condiciones que el procesado, en la forma establecida en la ley; a impugnar ante la autoridad jurisdiccional las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento, con independencia de que se haya o no reparado el daño; a solicitar medidas precautorias o cautelares para su seguridad y protección y la de sus testigos de cargo, para la investigación y persecución de los probables responsables y el

48 Ibidem, pp. 20 y 21.

aseguramiento de bienes para la reparación del daño. Lo anterior en términos de lo expuesto en el artículo 50 de la ley en tratamiento⁴⁹.

Conforme a lo anterior, la víctima debe ser reconocida como sujeto procesal mediante la petición correspondiente, pero si no se apersonara, no sólo deberá ser representada por un asesor jurídico o por el Ministerio Público, sino que además deberá ser notificada personalmente de todos los actos y resoluciones que pongan fin al proceso, de la suerte que corran los recursos por ella interpuestos, y de las modificaciones a las medidas cautelares adoptadas por la existencia de un riesgo para su seguridad, vida o integridad física.

Otro aspecto importante de esta ley victimal estatal, es el hecho de que cualquier comparecencia ante el Ministerio Público, el juez, tribunal o ante cualquier otra autoridad o perito que requiera la presencia de la víctima, debe ser considerada como justificada su inasistencia al trabajo o al plantel escolar correspondiente, teniendo derecho al pago total de sus emolumentos o salario respectivo, conforme al artículo 55 de la ley en tratamiento.

Respecto a la reparación integral o reparación del daño, las víctimas tienen derecho a ser reparadas en forma oportuna y efectiva por el daño sufrido a consecuencia del hecho victimizante o de las violaciones a derechos humanos, comprendiéndose dentro de tal concepto a la restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o la violación de derechos humanos; la rehabilitación, que facilita a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del delito o la violación a los derechos humanos; la indemnización o compensación, que se otorga a la víctima en forma apropiada y proporcional a la gravedad del delito cometido o de la violación a los derechos humanos, por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables; la satisfacción, que reconozca y restablezca la dignidad de las víctimas; las medidas de no repetición, que persigan la no reiteración del hecho punible o la violación de derechos humanos sufrida por la víctima. Tal como se encuentra citado en el artículo 74 de la ley victimal estatal en tratamiento⁵⁰.

Otro aspecto de novedosa importancia incorporada en la ley victimal que se analiza, es el relativo al capítulo de la participación del Estado de Morelos en el Sistema Nacional de Atención a Víctimas, en el que derivado de su creación, el Estado de Morelos tiene diversas obligaciones para con la víctima. Así, creó la Comisión Ejecutiva de Atención y Reparación a Víctimas del Estado de Morelos, la cual tiene su sede en la capital Cuernavaca, pero con la capacidad de establecer oficinas en diferentes localidades. La Comisión citada tiene dos

49 Ibidem, p. 23.

50 Ibidem, p. 28.

instancias de dirección, el Consejo y la Coordinación Ejecutiva. El Consejo se integra por el Gobernador del Estado o el servidor público que éste designe, quien lo presidirá; el titular de la Secretaría de Desarrollo Social; dos diputados del Congreso del Estado; y por los cinco comisionados, que durarán en su encargo tres años, pudiendo ser designados por un periodo más, cargos que serán honoríficos. Lo anterior conforme a los artículos 98, 102 y 103, de la Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos⁵¹.

Esta ley victimal crea el Registro Único de Víctimas del Estado de Morelos, encargado del ingreso y registro de las víctimas de delito y de violaciones de derechos humanos, creado de forma complementaria al Registro Nacional de Víctimas.

El ingreso de la víctima al registro único se hace por medio de la denuncia, la queja o el conocimiento de los hechos que haga la propia víctima, la autoridad, la Comisión de Derechos Humanos del Estado o un tercero que tenga conocimiento de los hechos, pues para los efectos de esta ley, la calidad de víctima se adquiere por la determinación en tal sentido emitida por el juez penal en la sentencia ejecutoriada, el juez en materia de amparo, civil o familiar, que tenga elementos para acreditar que el sujeto es víctima, el Ministerio Público, la Comisión de Derechos Humanos del Estado, y los organismos internacionales de protección de derechos humanos a los que el Estado mexicano les reconozca competencia. Conforme al texto del artículo 118, de la Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos⁵²

Igualmente, con la ley victimal en estudio se crea el Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral del Estado de Morelos, el cual se conforma, entre otros, con los elementos siguientes: con los recursos previstos expresamente para dicho fin en el Presupuesto de Egresos del Estado, en un porcentaje no inferior al 0.14 por ciento del total de los mismos; con los recursos obtenidos por la enajenación de bienes decomisados en procesos penales, conforme a la Ley de Extinción de Dominio; de los recursos provenientes de las fianzas o garantías que se hagan efectivas cuando los procesados incumplan con las obligaciones impuestas por la autoridad; con los recursos provenientes de multas y sanciones impuestas por la autoridad administrativa o judicial, cuando se violen deberes reconocidos en la ley en estudio; con los recursos provenientes de multas y sanciones impuestas por el Estado por violaciones a derechos humanos; donaciones o aportaciones en efectivo o en especie realizadas por terceros, personas físicas o morales, de carácter público, privado o social, nacional o extranjera, de manera altruista;

51 Ibidem, p. 33.

52 Ibidem, p. 37.

por el monto establecido en la sentencia condenatoria en aplicación de la Ley de Extinción de Dominio, en favor del Estado de Morelos; con el monto de la reparación integral del daño cuando el beneficiario renuncie a ella o no lo reclame dentro del plazo legal establecido; con las subastas públicas respecto de objetos y valores que se encuentren a disposición de autoridades investigadoras o judiciales, cuando no hayan sido reclamados por quien tenga derecho a ellos; con las sumas recuperadas por el Estado en los juicios de carácter civil, dirigidos en contra de los servidores públicos encontrados como responsables de haber cometido violaciones a los derechos humanos; con los rendimientos que generen los recursos del fondo, y los montos que se recuperen en virtud del derecho de repetición, en términos de ley. Lo anterior conforme a lo previsto en el artículo 123 de la ley en comento⁵³.

Finalmente en relación con la Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos, se apunta que para iniciar el procedimiento previsto para que la víctima acceda a los recursos del fondo de ayuda en comento, se debe desde luego presentar una solicitud ante la Comisión Ejecutiva Estatal, y se tomará en cuenta considerando la condición socioeconómica de la víctima, la repercusión del daño causado en la vida familiar, la imposibilidad de trabajar como consecuencia del daño, el número y edad de los dependientes económicos, el enfoque diferencial y los recursos disponibles en el Fondo de Ayuda, conforme a lo previsto en los artículos 129 y 130 de la Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos, a la que se ha venido haciendo referencia en este último apartado⁵⁴.

7. PRINCIPIO PRO HOMINE

El derecho mexicano ha sufrido cambios importantes, debido a las reformas del 10 de junio de 2011. Entre ellos, las garantías jurídicas como el principio de interpretación conforme, principio *pro homine*, principios de los derechos humanos como la interdependencia, indivisibilidad, universalidad, progresividad y control difuso de convencionalidad.

En relación con el principio *pro homine*, sabemos que corresponde a la interpretación que hace una autoridad y opera ante la posibilidad de aplicar dos o más normas a un caso concreto, de las cuales la autoridad debe elegir la que sea

53 Ibidem, p. 38.

54 Ibidem, p. 39.

más favorable a la persona⁵⁵. Las autoridades tienen la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen de manera diversa, para elegir cuál será la aplicable al caso concreto. Es decir, como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia mexicana⁵⁶, se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable al caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de investigación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector en favor de la persona humana, pues la existencia de varias posibles soluciones a un mismo problema, obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la forma más extensiva, independientemente de la posición jerárquica que ocupe la norma dentro del sistema normativo⁵⁷.

Ahora bien, considero importante señalar en relación al principio *pro persona*, que tiene como salvedades o restricciones las previstas en el parte final del primer párrafo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando habla de la restricción y suspensión en el ejercicio de las garantías de los derechos humanos en favor de las personas reconocidos en la propia Constitución, en los casos y condiciones que la misma disposición constitucional lo establezca.

Y esto es así, porque no es posible dejar de aplicar una norma constitucional que contenga un límite restrictivo en aras de la aplicación del principio *pro persona*, porque sería contrario al propio texto del primer párrafo del artículo 1 constitucional visto, por tanto, la citada restricción debe imperar, pues la propia Constitución se habría reservado ese privilegio⁵⁸.

Así, como casos restrictivos de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución General de la República y que también emanan de fuente internacional, están principalmente el arraigo, la no reinstalación en su empleo de

55 Silva García, Fernando y Gómez Sámano, José Sebastián, “Principio pro homine vs restricciones constitucionales ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?” en Carbonell Sánchez, Miguel, *et al, Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, MÉXICO, UNAM/IJJ, *Estado constitucional*, tomo IV, Vol. 2, pp. 700 y ss.

56 Tesis 1ª. CCLLXXVI/2012 (10ª.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Libro XV, diciembre de 2012, p. 530, Reg. IUS. 2002359.

57 García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011), Segunda edición*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 90.

58 Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interior: la importancia del principio pro homine”, en *Memorias del seminario La armonización de los tratados internacionales de Derechos Humanos en México*, México, UNAM/IJJ, 2016, p. 37 y ss.

los agentes del Ministerio Público, los policías y los peritos, la no reelección, la ausencia de estabilidad en el empleo de ciertos servidores públicos y la prohibición para que los ministros de culto desempeñen cargos públicos.

De los citados casos restrictivos sólo analizaremos el relativo al arraigo, por ser la figura que más impacto social general tiene de las mencionadas, pues impacta a mayor cantidad de personas que el resto. Al respecto, el arraigo previsto en el artículo 16, párrafos séptimo y octavo, de nuestra carta magna, obedece a la situación de gravedad que se vive en el país en cuestión de delincuencia organizada, y la complejidad que representa el formular una acusación debidamente integrada en el plazo permitido para los casos que no se refieren a delincuencia organizada; entonces, frente al derecho del acusado a ser sujeto a un juicio casi inmediato, se encuentra el derecho de mayor jerarquía de que la sociedad no se vea amenazada con la peligrosidad del sujeto objeto del arraigo, que de otra forma, estaría en libertad. Tratando de asegurar así que el juicio que se siga en contra de quien se tiene indicios de formar parte de la delincuencia organizada que asola el país, tenga elementos de prueba suficientes, como inclusive se menciona en la correspondiente exposición de motivos a la citada reforma al artículo 16 constitucional en mención, donde inclusive se señala que el arraigo, tratándose de delitos de delincuencia organizada, no puede exceder de 40 días, pero que en casos fundados dicho término puede llegar hasta los 80 días, cuando sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia⁵⁹.

Así, con la citada reforma, el legislador correspondiente da al Ministerio Público la posibilidad de contar con el tiempo necesario para integrar debidamente su investigación e incorporar a la misma, elementos que acrediten la responsabilidad penal de los acusados. De esta forma, si la Constitución establece excepciones o restricciones al principio *pro persona* o *pro homine*, estas deben ser respetadas por el juzgador por obligación constitucional, sostener lo contrario equivaldría a sustituirse al constituyente o poder revisor de la Constitución, lo cual torna inconstitucional esa actuación.

8. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, tiene como uno de sus ejes la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional, con todo lo que ello supone: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la

59 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Sista, 2013, p. 8.

jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano⁶⁰.

El control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deben desarrollar de oficio, una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. Lo anterior puede conducir, en un caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional o Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata pues de un análisis de confrontación normativa⁶¹.

El control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el jurista mexicano Sergio García Ramírez, en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cuando señala en el párrafo 27 de su voto:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o a algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.⁶²

El citado punto de vista de Sergio García Ramírez, ha sido acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primero en la resolución del caso “Almonacid Arellano contra Chile” en septiembre del año 2006, y posteriormente desarrolló el concepto y alcances del control de convencionalidad en el caso de “Los trabajadores cesados del Congreso contra Perú”, en el mismo año, al señalar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, obligándolos a velar por el efecto útil de la convención para no verse mermada o anulada por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. Es decir, sus jueces deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana.

60 Carpizo, Enrique, “Algunas reflexiones sobre el control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad difuso en México”, en Vázquez Ramos, Homero (Coord.) *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*, México, UNAM/IIJ, 2016, pp. 121 y ss.

61 Esquivel Leyva, Manuel de Jesús, “El control de la convencionalidad en el sistema jurídico mexicano”, en Serna de la Garza, José María, *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM/IIJ, 2016, pp. 317 y ss.

62 Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa-UNAM, 2013, p. 9.

Otro caso interesante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la sentencia de “Heliodoro Portugal contra Panamá”, del mes de agosto de 2008; y luego de tales antecedentes, la doctrina del control de convencionalidad ha sido reiterada en muchos casos, entre ellos los relacionados contra México, como sucedió en los casos Rosendo Radilla Pacheco, del año 2009, párrafo 339; Fernández Ortega y otros, del año 2010, párrafo 234; Rosendo Cantú y otra, del año 2010, párrafo 219 de la sentencia, y Cabrera García y Montiel Flores, del año 2010, párrafo 225 de la sentencia.

A lo largo de su desarrollo jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido precisando el contenido y alcances del control de convencionalidad, y ha ido variando de forma progresiva los términos utilizados. Así ha sucedido respecto de los sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad, pues en el desarrollo jurisprudencial de dicho control la citada corte ha ido ampliando el espacio de los sujetos obligados a examinar la convencionalidad de actos y normas. Las líneas jurisprudenciales respectivas han atravesado al menos cuatro etapas. En la primera, la Corte refiere que el sujeto que debe llevar a cabo el control de convencionalidad es el “poder judicial” (caso Almonacid Arellano); en un segundo momento la Corte señala a “órganos del poder judicial” (caso trabajadores cesados del Congreso); en un tercer desarrollo ya se habla de “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (caso Cabrera García y Montiel Flores), y finalmente se establece que el control de convencionalidad recae en “cualquier autoridad pública y no solamente en el poder judicial” (caso Gelman contra Uruguay)⁶³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, última interprete de la Convención Americana de los Derechos Humanos, ha sostenido desde el 31 de enero de 2001, en su sentencia registrada bajo la Serie C, Número 71, párrafo 89, que se debe tener presente que en el contexto interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido el control de convencionalidad siendo consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos⁶⁴. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta

63 Ibidem, pp. 14 y 15.

64 García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Segunda edición, *Opus cit.*, p. 208.

tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención.

Así, el control de la convencionalidad consiste en: a) verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) para efectos de determinar la compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o bien a su interpretación conforme a la misma, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

En tal sentido, es oportuno destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un modelo específico para realizar un control de convencionalidad, pues la Corte Interamericana simplemente establece la obligación de ejercer dicho control entre las normas internas y las de la Convención Americana, que compete hacer a todos los órganos del Estado parte. Incluso se hace control de la convencionalidad cuando el caso puesto a consideración implica la expulsión de normas vigentes en el Estado parte, que sean contrarias a la Convención Americana, o bien, a su interpretación conforme a la misma.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Desde la reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que estableció en México el proceso penal acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, podemos afirmar que se sentaron las bases para transitar del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho en materia penal en México. Posterior a ello, todas las reformas y expedición de leyes secundarias a que hemos hecho alusión, son consecuentes con la Constitución y procuran hacer operativo un proceso que presenta múltiples retos y dificultades. Sostenemos que vamos en la dirección correcta, disminuyendo la brecha entre la letra y los hechos en lo tocante al respeto a los derechos y garantías de los inculpados y víctimas. Por cuanto al primero, hay mayor transparencia y celeridad en el proceso; respecto al segundo, su estatus es más equitativo ahora, pues se reconocen

sus derechos y su interés en el proceso junto con un conjunto de instituciones tendientes a conseguir la reparación del daño y evitar la impunidad.

El artículo 20 constitucional que establece el sistema acusatorio, la oralidad en la etapa judicializada⁶⁵, la publicidad para evitar los actos secretos, la contradicción entre las partes, la concentración y continuidad, todos aplicables a la etapa del juicio, y en su caso, a la fase decisoria de probabilidad relativa a la vinculación al proceso, así como la institución de una sola audiencia en que puedan plantearse todas las incidencias que las partes estimen convenientes, son parte de un mejor proceso penal. Los principios citados, se suman a los que de por sí están contemplados en el inciso A del artículo 20 constitucional, como son los relativos a la libre valoración de la prueba, la carga de la prueba, la legalidad de la prueba, la presunción de inocencia, la libertad probatoria y el de la defensa. Estos al margen de los previstos como principios complementarios del sistema acusatorio, como son el de oficialidad, legalidad, oportunidad y congruencia, previstos en los artículos 19 y 21 constitucional.

Por lo antes citado podemos afirmar que es fundamental trabajar en políticas públicas que incluyan protocolos de atención, adecuados para la intervención en casos en que se relacione a víctimas de delito y de violación a derechos humanos, en los que en todo momento se actúe bajo el principio del interés superior de la víctima y del ofendido.

En el caso de víctimas vulnerables como personas con capacidades diferentes, de abuso sexual o del crimen organizado, los jueces deben considerar la rápida resolución de juicios que involucren a estas personas. Se propone la reforma al artículo 460, párrafo cuarto, del Código Nacional de Procedimientos Penales, para que en los casos de desistimiento del recurso interpuesto por parte de Ministerio Público o del asesor jurídico, se requiera del consentimiento expreso de la víctima o del ofendido para su procedencia o validez.

65 Reyes Loaeza, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*, México, Porrúa, 2012, p. 11.

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa-UNAM, 2013.
- Carpizo, Enrique, “Algunas reflexiones sobre el control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad difuso en México”, en Vázquez Ramos, Homero (Coord.) *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*, México, UNAM/IIJ, 2016, pp. 121 y ss.
- Ceballos Magaña, Rodrigo y Hernández Mateos, Óscar, *El juicio oral penal y su implementación en México*, México, Flores, 2012.
- Congreso Constituyente, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Sista, 2013, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>
- Congreso del Estado de Morelos, *Ley de Atención y Reparación a Víctimas del Delito y de Violaciones a los Derechos Humanos para el Estado de Morelos*, Periódico Oficial *Tierra y Libertad*, 2014.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, ISEF, 2014, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General de Víctimas*, México, Procuraduría Social de Atención a las Víctimas y por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV_030117.pdf
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Nueva Ley de Amparo 2013*, México, Gallardo, 2013, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_170616.pdf
- David, Pedro, y Vetere, Eduardo, (coord.), *Víctimas del delito y del abuso de poder*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006.
- Esquivel Leyva, Manuel de Jesús, “El control de la convencionalidad en el sistema jurídico mexicano”, en Serna de la Garza, José María, *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM/IIJ, 2016, pp. 317 y ss.
- Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, *El Derecho Internacional de las Víctimas*, México, Porrúa, 2011.

- García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011), Segunda edición*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011), Segunda edición, Opus cit.*
- Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interior: la importancia del principio pro homine”, en *Memorias del seminario La armonización de los tratados internacionales de Derechos Humanos en México*, México, UNAM/IJ, 2016, p. 37 y ss.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Manual de justicia para víctimas, sobre el uso y aplicación de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder*, México, INACIPE, 2004.
- Lima Malvido, María de la Luz, *Modelo de atención a víctimas en México*, México, Porrúa, 2004.
- Malvás C., Jorge, *La reparación del daño al ofendido o víctima del delito*, México, Porrúa, 2008.
- Marchiori, Hilda, *Criminología, La víctima del delito*, México, Porrúa, 2013.
- O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, 2007.
- Reyes Loaeza, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*, México, Porrúa, 2012.
- Román Pinzón, Edmundo, *La víctima del delito en el sistema acusatorio y oral*, México, Flores, 2012.
- Silva García, Fernando y Gómez Sámano, José Sebastián, “Principio pro homine vs restricciones constitucionales ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en: Carbonell Sánchez, Miguel, *et al, Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM/IJ, *Estado constitucional*, tomo IV, Vol. 2, pp. 700 y ss.

Tesis 1ª. CCLLXXVI/2012 (10ª.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
Décima Época. Libro XV, diciembre de 2012, Reg. IUS. 2002359.

Zamora Grant, José, *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM/IIJ, Serie Juicios Orales, Num. 11, 2016, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3638-la-victima-en-el-nuevo-proceso-penal-acusatorio-serie-juicios-orales-num-11>

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
45

96

CRIMEN ORGANIZADO Y PROBLEMAS DOGMÁTICOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: ANÁLISIS COMPARADO DE COLOMBIA Y ESPAÑA EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA EL DELITO EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

ORGANIZED CRIME AND DOGMATIC PROBLEMS OF AUTHORIZATION AND PARTICIPATION: COMPARATIVE ANALYSIS OF COLOMBIA AND SPAIN EXPERIENCE IN THE FIGHT AGAINST CRIME IN THE UNITED NATIONS ORGANIZATION FRAMEWORK

*Caviedes Estanislao Escalante-Barreto**

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2016

Fecha de aceptación: 11 de junio de 2016

RESUMEN

En el marco de la lucha contra la delincuencia organizada a nivel transnacional se han construido formas de control, investigación y criminalización de un enemigo común, derivado de la delincuencia más grave perseguida en los últimos años: entre otros, el narcotráfico, el lavado de activos, la trata de personas y por supuesto, el terrorismo.

Lo anterior ha generado la creación de tipos penales autónomos para sancionar penalmente el acuerdo con fines de asociación o creación de organizaciones criminales, y en consecuencia, se ha

generado una confusión con categorías dogmáticas de la teoría del delito como la coautoría y la participación. El análisis que se presenta busca dilucidar el sentido y contenido de la categoría “organización criminal”, de manera que su adecuada comprensión permita diferenciarla de la coautoría, al tiempo que se valora críticamente el tratamiento de un problema práctico derivado del exceso de normativización de la dogmática penal.

Palabras claves: Delincuencia organizada, crimen organizado, concierto para delinquir, terrorismo.

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Doctorando en Derecho Ph.D© y Magíster en Estudios de Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca, España. Magíster en Derecho y Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Pedagogía y Docencia Universitaria. Investigador y coordinador del observatorio: “Medios de comunicación, política criminal y justicia penal” en la Escuela de Derecho Penal “*Nullum Crimen Sine Lege*” UN, ceescalanteb@unal.edu.co.

ABSTRACT

In the framework of the transnational fight against the organized crime, institutions has created ways of control and criminal investigation by criminalizing a “common enemy” derived from a grave delinquency phenomena: Among them, drug trafficking, money laundering, human trafficking and terrorism.

The trend explained before has endorsed the creation of new criminal definitions in the attempt to punish the conspirational liability within criminal organizations. Consequently, in the view of the author, those new criminal determinations have created misperceptions

and confusion between several legal criminal dogmatic categories. As a consequence, the present paper analyze the legal sense and content of the category “criminal organization” with the aim of better differentiate the concept from other related concepts as e.g. conspirational liability in criminal acts or aiding and abetting the crime. Furthermore, from a critical point of view, the paper reflects about the excessive number of new norms in the current criminal law.

Key words: Organized Crime, Criminal Conspiracy, Conspirational Liability, Terrorism.

INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo las principales preocupaciones de los organismos internacionales, los Estados y las instituciones privadas, en torno al delito, están mediadas por una comprensión de la sociedad del riesgo, de los efectos de la globalización, de la administración y el control del miedo de una población abrumada cada vez más por la propaganda del delito, la inseguridad y el terror.

Los discursos legitimadores de un derecho penal contemporáneo del riesgo, de lucha contra el enemigo, contra el monstruo social denominado “terrorismo”, y de lucha contra la “gran” criminalidad transnacional o crimen organizado, suscitan problemas y paradojas que no son insignificantes, entre otras: las tensiones entre seguridad pública frente a la inseguridad de los derechos, de guerra contra el enemigo frente al populismo anti-garantista contra el ciudadano, del populismo punitivo frente a la ilegitimidad del sistema penal, la demanda pública y mayoritaria de penas altas frente a la criminalización de la pobreza, la masificación de la población carcelaria joven con fines de resocialización¹, el Estado constitucional y la crisis carcelaria como depósito de personas para trato cruel e inhumano.

De acuerdo con la doctrina actual, se trata de la transformación de la sociedad, de los sistemas de producción, de las comunicaciones y de las relaciones humanas, lo que ha llevado también a la transformación del delito, de los delincuentes, todo lo cual se dice, ha llevado al surgimiento y la transformación de las formas de delinquir: “Sin duda la nueva criminalidad que está confrontando a los países y al sistema penal en su totalidad es la criminalidad organizada, empresarial, transnacional, que utiliza instrumentos sofisticados como los medios de comunicación modernos y las redes comerciales internacionales”².

Según esta línea de pensamiento, a esta nueva realidad social globalizada³ le corresponden también nuevas modalidades de criminalidad, dentro de ellas,

- 1 De acuerdo con las estadísticas del INPEC, al día 31 de marzo de 2016, la población carcelaria en Colombia es de 122.020 personas privadas de la libertad. La población que tiene entre 18 y 29 años, es de 45.925, lo que equivale a un 37,6%. La población entre 30 y 44 años es 34.995 personas privadas de la libertad, lo que equivale a un 28,7%. Lo que implica que en Colombia, el 66,3% de la población carcelaria es joven al tener una edad de entre 18 y 44 años. INPEC, Estadísticas, documento digital en la página web del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Bogotá, <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Estad%EDsticas> (30.04.2016)
- 2 Zúñiga Rodríguez, Laura: “Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas”, en VV. AA.: Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999.
- 3 Sobre el derecho penal de la globalización y la ciencia que le corresponde, se plantea una relativización y relajación de las categorías dogmáticas, tanto así que “(...) en el futuro próximo nuestra ciencia adquirirá una dimensión diferente, de tal forma que las soluciones guiadas por el pragmatismo y la eficacia podrán

la del crimen organizado como el crimen de empresa⁴, de la organización criminal transnacional altamente cualificada y tecnificada⁵, también de la lucha contra las organizaciones que se valen de aparatos organizados de poder para la comisión de delitos.

En este contexto, se retoman medidas para controlar y luchar contra un enemigo globalizado que se apropia de las tecnologías de la empresa, de la lógica de la organización y la industria financiera, de delincuentes altamente profesionales y tecnificados en medio de las comunicaciones y las tecnologías de la información, para hacerse tan poderosa como los Estados mismos. Esa lucha implica la creación de políticas de control de grupos cuyo objeto es el delito, el crimen como forma de vida y de desarrollo empresarial⁶.

Si bien estas medidas pueden tener justificación y una preocupación real, lo cierto es que las mismas llevan a una inadecuada aplicación y a una crisis en la comprensión tradicional de categorías del delito desarrolladas históricamente por la dogmática penal y la teoría del delito, todo lo cual requiere una lectura de actualización y de comprensión hermenéutica desde los límites constitucionales a los discursos legitimantes y sus alcances en el marco del Estado constitucional contemporáneo.

Este artículo tiene como propósito identificar y reflexionar sobre las dificultades que implica la construcción político-criminal del concepto de “organización criminal” o crimen organizado, y el impacto que tiene frente al desarrollo de categorías dogmáticas, tales como la autoría y la participación o la denominada

llegar a sustituir muchos conceptos aparentemente arraigados e inamovibles de nuestra dogmática jurídica.”, en: OLIVÉ, FERRÉ, Juan Carlos, Autoría y Delitos Especiales. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, 2001, vol. 1, p. 1014.

- 4 Algunos autores hablan del crimen organizado como empresa criminal, en la jurisprudencia colombiana cuando se aborda el concierto para delinquir, se habla de empresa criminal u organización criminal. Se debe distinguir todo ello de la criminalidad de empresa, al respecto y sobre las vinculaciones que existen entre la criminalidad organizada y la criminalidad de empresa se puede consultar a: Zúñiga Rodríguez, Laura: “Criminalidad multi causal...” Op. cit. p. 58, en ella se evidencia como la empresa es usada por la organización criminal en la comisión, el encubrimiento y financiación de delitos.
- 5 La tesis planteada es el punto de partida de diversos estudios que abordan el delito transnacional y las nuevas formas de criminalidad, sin embargo, se debe tener en cuenta que el crimen organizado no es hijo de estos tiempos exclusivamente, de ello dan cuenta los estudios historiográficos y sociológicos. En efecto, los trabajos sobre crimen organizado muestran su existencia en diferentes momentos históricos y en diversos contextos económicos y sociales, cuyas características son diversas y contextuales. Sobre este planteamiento desde una perspectiva multi causal e histórica se puede leer: Corte Ibáñez, Luis de la y Giménez-Salinas, Andrea, *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ed. Ariel, Barcelona, 2010. Un análisis histórico y conceptual del crimen organizado, la mafia, los cárteles en América Latina., Cfr. Acán Guerrero, Sandra, *El crimen organizado*, Ed. Impresos el Águila, Guatemala, 2015.
- 6 De la problemática planteada se puede consultar a: Sánchez García de Paz, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ed. Ministerio del Interior y Dickinson, Madrid, 2005.

codelinuencia⁷. En otras palabras, se busca dilucidar aquellos problemas que subyacen a la creación de tipos penales en el marco de la lucha contra el crimen organizado, frente a las teorías más aceptadas en la actualidad sobre la autoría y participación criminal, en la medida que en la práctica suelen confundirse por el operador judicial, en especial por los órganos de investigación criminal que ven delitos de criminalidad organizada en conductas que apenas son delitos comunes o simples acuerdos de coautoría, imputando delitos graves a conductas que no están en el alcance y sentido del ámbito de protección de la norma y de su justificación político criminal⁸.

La problemática plantea la tendencia cada vez más usada por el legislador, en el marco de su libertad de configuración político criminal, para resolver problemas de dogmática penal con criterios puramente normativos. Este fenómeno de normativización del derecho penal⁹ está presente en la mayoría de países latinoamericanos y en España, como efecto de la lucha internacional contra las diversas formas de criminalidad transnacional.

De este contexto surgen cuestiones como las siguientes: ¿Qué se entiende por organización criminal?, los coautores en la realización de un delito planificado ¿se estiman miembros de una organización criminal o de un grupo criminal? Quien pertenece a una de estas organizaciones o grupo, por ese solo hecho, ¿es responsable de todos los delitos cometidos por la misma?, ¿cuáles delitos se le pueden atribuir como suyos?, ¿cuáles son los límites constitucionales al poder punitivo para el ejercicio de la sanción penal de quienes pertenecen a una organización criminal?

Para responder a estas preguntas y su problemática, el primer apartado abordará la organización, la empresa criminal y su significado. El objetivo es dilucidar el concepto “organización criminal” y mostrar los problemas de una categoría que

7 En adelante se hará referencia a “autoría y participación” como concepto genérico que incluye la denominada “codelinuencia” en España.

8 Muestra de esta problemática se observa en el abuso de la imputación del delito de concierto para delinquir para cualquier tipo de coautoría, o la financiación de terrorismo a cualquier apoyo prestado a grupo armado, así sea apoyo personal de ayuda a la organización. En el caso colombiano se puede observar el análisis de Bernate Ochoa, Francisco y Medina Rico, Ricardo Hernán, Coautoría y concierto para delinquir, en: AA.VV, *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo 1*, Ed. Ibáñez – Universidad de los Andes y Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2015, p. 130. En el caso español, se puede leer a: Méndez Rodríguez, Cristina, Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, vol. 34. Del problema de la financiación del terrorismo véase como sentencia relevante: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sent., del 16 de abril de 2015, Rad. No. 38179, M.P: Bustos Martínez, José Leonidas. Aprobado Acta No. 134.

9 En este sentido y sobre el tema, véase: Contreras, Joaquín Cuello. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, No 1, p. 5-29.

en algunos casos resulta ambigua, pues se le han dado varios significados. En este apartado se analizarán las normas y principales desarrollos relacionados con el denominado crimen organizado por parte de los organismos internacionales y su recepción en Colombia y España principalmente. En este contexto se analizan los tipos penales que, desde un punto de vista político criminal, se han creado para hacer frente a la participación de los individuos en la creación y ejecución de empresas u organizaciones criminales, y los problemas que implican esos tipos penales frente a las formas de participación de sus integrantes.

En el segundo apartado se evaluará el concepto anterior y su relación con la autoría como un problema conceptual de aplicación práctica. En este sentido, veremos la problemática de la autoría en Colombia y España, para plantear la necesidad de un criterio material de diferenciación entre la organización criminal y la autoría, y que así no toda conducta de coautoría sea tipificada como concierto o pertenencia a organización criminal. En este apartado observaremos la diferencia entre pertenecer a la organización o grupo criminal y ser autor o partícipe de los delitos cometidos en el desarrollo de una empresa criminal por sus integrantes.

Al final del segundo apartado se analiza la organización criminal frente al concurso de conductas, la definición y la valoración de los límites de responsabilidad penal, así como la distinción de aquellos que se pueden imputar como delitos cometidos en el marco de la organización y cuáles como aquellos propios de la conducta del sujeto en coautoría con otros. En este apartado se recupera el concepto de derecho penal de acto, en cuanto que solo le es atribuible como suyo aquello que corresponda a su conducta y no aquello que se le pueda imputar por su pertenencia a la organización criminal, a no ser que el sujeto tenga la posibilidad de ordenar el cumplimiento de una orden en la estructura organizada. En este argumento se plantearán los principales problemas de aplicación o comprensión que se han presentado.

Finalmente y a manera de conclusiones se plantearán los principales problemas encontrados y las soluciones que en el ámbito académico se han dado, esto con la finalidad de proyectar posibles líneas de investigación frente a categorías que se imponen como “novedosas” y que dejan ver la necesidad de actualizar la teoría del delito a los problemas actuales, sin dejar de lado los principios constitucionales y del derecho penal como límite al poder punitivo del Estado¹⁰.

10 Sobre el contenido punitivista y expansionista del derecho penal actual frente al derecho penal liberal, se puede ver un análisis crítico a la normativización o funcionalismo en: Sanz Mulas, Nieves: “De las libertades del marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14-10 (2012)

Desde el punto de vista metodológico, este es un trabajo de análisis dogmático que busca comprender la aplicación de categorías dogmáticas en dos países en concreto, Colombia y España. Se trata de un análisis paralelo y comparativo que busca la comprensión de su aplicación y las dificultades que entraña la implementación de esas categorías, cada vez más universales en el pensamiento y la política criminal de Occidente, de manera que se trata de un análisis sistemático, complejo y articulado; en consecuencia, se hará remisión constante a los dos ordenamientos jurídicos y a los instrumentos internacionales de los que emanan tales categorías y conceptos.

Este artículo es producto del desarrollo del trabajo de investigación que adelanta el autor para obtener el título de doctor en derecho con la investigación denominada: “Técnicas especiales de investigación en la lucha contra el crimen organizado transnacional”.

1. CRIMEN ORGANIZADO: DILUCIDACIÓN DE UNA CATEGORÍA DIFUSA EN LA LUCHA ACTUAL CONTRA LA CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL

Desde hace unos años, los organismos internacionales han venido desarrollando políticas de lucha contra las diversas manifestaciones del delito, en especial, contra aquellas conductas que hoy se consideran más graves y que atentan contra la seguridad transnacional o contra derechos de interés universal¹¹, contexto en el cual, se han transformado las categorías tradicionales del delito o se han creado nuevos delitos frente a conductas que históricamente tenían un tratamiento jurídico penal diverso.

11 Las Naciones Unidas han suscrito convenios e instrumentos relacionados con protección de derechos humanos, tratamiento de personas privadas de la libertad, sobre los delitos y su prevención en términos generales desde tres o más décadas atrás, pero en lo que se refiere a la lucha contra el delito, contra el crimen, el terrorismo, entre otros, los instrumentos son más recientes, por ejemplo, el convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas es del 15 de diciembre de 1997, el convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo es del 9 de diciembre de 1999, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional son del 15 de noviembre de 2000. El protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional es del 31 de mayo de 2001, la convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003, el convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear es del 13 de abril de 2005 y el plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas es del 30 de julio de 2010.

En el contexto de la guerra contra el enemigo, actualmente el terrorismo y antes el narcotráfico, ha surgido también como enemigo común “la delincuencia organizada”¹², conducta frente a la cual se han actualizado medidas político-criminales de tipo sustancial y procesal con la finalidad de luchar de manera eficiente contra este enemigo contemporáneo común¹³. La comunidad internacional, en el seno de las Naciones Unidas¹⁴, ha establecido entre sus fines la promoción de la cooperación para prevenir y combatir de manera eficaz la delincuencia organizada transnacional¹⁵, la lucha contra el terrorismo, la trata de personas, entre otros.

No obstante, la guerra contras las organizaciones en realidad no es novedosa, de antaño, uno de los enemigos comunes para el poder y criminalizado a través del derecho penal, ha sido la agrupación o asociación de personas en torno a la comisión de delitos¹⁶. Lo que sí es novedoso, es la actualización de un discurso de guerra global y ya no local como se hacía tradicionalmente, aunado a la creación de tipos penales autónomos¹⁷ caracterizados por ser tipos de mera actividad y de peligro presunto.

- 12 La profesora Méndez Rodríguez atribuye la existencia de la categoría de organización criminal, precisamente al desarrollo y existencia del tráfico de drogas en los años ochenta. Al respecto véase: Méndez Rodríguez, Cristina, *Los delitos de pertenencia...* Op. cit. p. 516.
- 13 En este sentido, las Naciones Unidas han definido al nuevo enemigo y con ello han declarado la guerra a conductas que causan reacción a nivel mundial, construyendo con ello un discurso bélico/político contra la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el terrorismo, la drogadicción, la trata de personas y el tráfico de armas. Ambiente ideal para que quienes detentan el poder desde su posición marcial o política, pidan sacrificios a los ciudadanos en pro del bien nacional o general, imponiendo un discurso ideológico de seguridad. En esta misma línea véase mi punto de vista en: Escalante Barreto, Caviedes Estanislao. *La indagación y la investigación en el proceso penal: límites constitucionales: el agente encubierto y la interceptación telefónica*. Ed. Ibáñez, Bogotá, 2012.
- 14 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante CNU.c.D.O.T).
- 15 En Colombia, la convención ha tenido impacto directo en leyes de tipo penal y procesal del tipo de Seguridad ciudadana, seguridad democrática o control del delito. Véase: Congreso de la República de Colombia, *Ley 800 de 2003*, diario oficial 45131 del 18 de Marzo de 2003, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000; Congreso de la República de Colombia, *Ley 1142 de 2007*, diario oficial 46673 del 28 de junio de 2007; Ministerio del Interior y de Justicia, *Proyecto de Ley 164 de 2010*, gaceta 737 de 2010, proyecto mediante el cual se “reforma el código penal, el código de procedimiento penal, el código de infancia y adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.
- 16 Desde un punto de vista histórico, Carrara lo mencionó como “*sociedad criminosa o asociación de malhechores*”, en Colombia se denominó a una conducta similar al concierto para delinquir como “*cuadrilla de malhechores*” (1837, 1873, 1890), “*asociación para delinquir*”, (1936), y finalmente “*concierto para delinquir*” (1980 en adelante). Al respecto, véase: Bernate Ochoa, Francisco y Medina Rico, Ricardo Hernán, *Coautoría y concierto para delinquir...*, Op. cit. p. 130.
- 17 En Colombia se trata del tipo penal de “concierto para delinquir” y en España, se ha denominado “delito de pertenencia a grupo criminal”.

Hoy se pueden presentar dos planteamientos frente al tipo penal de asociación o concierto para delinquir como delito autónomo. De una parte, la posición según la cual, la manifestación y la exteriorización del pensamiento no es delito y la criminalización de la conducta de asociarse para delinquir, como manifestación oral del pensamiento, es un adelantamiento punitivo de conductas de ideación o preparatorias del *iter criminis* de un delito de resultado, por lo que su punición obedece a la criminalización anticipada de conductas que no implican un verdadero daño al bien jurídico tutelado o una amenaza de peligro efectivo. Se trata de la criminalización de conductas previas, de ideación o preparación en la comisión de otros delitos.

De otra parte, la tesis según la cual, la asociación o el concierto para delinquir implica una amenaza efectiva al bien jurídico tutelado de la seguridad pública o ciudadana, por lo que merece pena, no por ser un simple acto preparatorio, de ideación o una exteriorización del pensamiento, sino como una forma de desconocer la vigencia del derecho y el peligro potencial que representa a la seguridad, la tranquilidad y la convivencia social, todo ello enmarcado, para su adecuada comprensión, en el marco de la criminalidad organizada.

Es precisamente bajo este segundo planteamiento que surge como categoría el crimen organizado, que también ha sido denominado criminalidad organizada, empresa criminal, estructura criminal, asociación para delinquir, concierto para delinquir, pertenencia a grupo criminal, entre otros. En este apartado, le daremos forma o delimitación a este concepto para poder abordar, posteriormente, el problema de la autoría y la participación de quienes crean o participan de una estructura criminal para cometer delitos.

1.1. Concierto, asociación y organización criminal. Sentido y contenido de la legislación actual

Sobre la comprensión del concepto de crimen organizado no hay una posición unánime, tampoco un concepto abarcador que permita delimitar su comprensión o utilización en la práctica judicial. A partir de un criterio normativo-cuantitativo, de dos o más personas como se verá, se habla indistintamente de asociación para delinquir, concierto para delinquir, delincuencia organizada, banda criminal (Bacrim), empresa criminal, crimen organizado, estructura criminal, etc., asemejándolos, cuando en realidad son vocablos que tienen un significado disímil en los diversos contextos de aplicación, aunque se aplique

la misma política de control derivada de las políticas establecidas en la ONU en la guerra contra el crimen organizado¹⁸.

En efecto, en los instrumentos internacionales y en especial en la C.N.U.C.D.O.T (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional), se plantea un criterio cuantitativo para comprender qué es criminalidad organizada o grupo delictivo organizado. En este sentido, se habla de un grupo estructurado de tres o más personas, con un tiempo de permanencia y actuación concertada con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados de acuerdo con la Convención para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material¹⁹.

De acuerdo con lo anterior y conforme a la misma Convención, grupo estructurado es aquel grupo formado de manera planificada, no fortuita, para la comisión de delitos, sin que necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Los planteamientos de la C.N.U.C.D.O.T han sido implementados de manera acrítica y automática, tanto en Colombia como en España en la legislación interna de diversa manera. En efecto, en el incorporado artículo 570 bis de la ley penal española, sobre las organizaciones y grupos criminales, el legislador español tipificó la conducta de promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal. Al tiempo que también sancionó la participación activa en la organización criminal, formar parte de ella, cooperar de manera económica o de cualquier otro modo, además aumentó la pena cuando la organización es para cometer delitos graves²⁰. A su vez, se define como “organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”²¹.

18 Escalante Barreto, Caviedes Estanislao. La indagación..., Op. cit.

19 Cfr. Congreso de la República de Colombia, *Ley 800 de 2003*, diario oficial 45131 del 18 de Marzo de 2003, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000.

20 Adicional a lo anterior, establece lo siguiente: “Las penas previstas se impondrán en su mitad superior cuando la organización: a) esté formada por un elevado número de personas. b) disponga de armas o instrumentos peligrosos. c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado. 3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueron contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.” B.O.E., Código Penal y legislación complementaria, edición actualizada a 21 de enero de 2016, disponible en: www.boe.es/legislacion/codigos/

21 Ídem.

Sin embargo, no se trata únicamente de la implementación anterior, sino que el legislador español también incorporó el artículo 570 ter, mandato según el cual, se debe distinguir entre la organización criminal de la que trata el artículo 570 bis y el grupo criminal del que se trata en esta disposición.

En efecto, prescribe la ley penal española que será delito la conducta de quienes constituyan, financien o integren un grupo criminal, entendiendo como grupo criminal la unión de dos o más personas que, sin reunir las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. Normatividad a la que se le integran también las modalidades agravantes de delitos relacionados con el tráfico de drogas, cometidos por quien está relacionado o integra una organización criminal.

Normatividad que se incorporó en el ordenamiento jurídico español en el año 2010, en cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados en el marco de la C.N.U.C.D.O.T del año 2000, y a partir de la adopción de la Decisión Marco 841 de 2008 del Consejo de la Unión Europea –UE- que obligó la incorporación, en los Estados miembros de la UE, del delito de participación en organización delictiva²².

Sin embargo, de acuerdo con Méndez Rodríguez, la exigencia de requisitos para la identificación de una organización criminal no es una novedad en España. La jurisprudencia venía exigiendo de antaño requisitos que luego se incorporaron como novedad legislativa, pero en esencia siguen siendo los mismos, esto es: i) la existencia de una estructura jerárquica más o menos formalizada o más o menos rígida, dotada de una cierta estabilidad, ii) una pluralidad de personas previamente concertadas, iii) el empleo de medios de comunicación no habituales, iv) una distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones, v) la existencia de una coordinación y vi) el hecho de que la ejecución de la operación pueda subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes²³.

Una variable que se debe resaltar en el ordenamiento español, como lo resalta la autora, es que en ese particular ordenamiento no es necesaria la permanencia de la organización ni tampoco una determinada estabilidad temporal, pero sí “cierta vocación de continuidad” siempre que se pueda diferenciar con una operación en singular, esto es, que permita distinguir con el acuerdo previo

22 Al respecto véase: Méndez Rodríguez, Cristina, Los delitos de pertenencia a organización criminal... Op. cit. p. 514. Sobre las definiciones y los delitos relativos a la participación en una organización delictiva especificadas en el seno del Consejo, véase los artículos primero y segundo de la Decisión Marco, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF> (30.04.2016)

23 Ídem.,

de la simple coautoría o codelinquencia²⁴, como también se comprende en la doctrina y la jurisprudencia en Colombia²⁵.

En resumen, en España el artículo 570 bis especifica un criterio cuantitativo para determinar la existencia de una organización criminal, en la medida que exige un número de al menos tres personas en su creación. También define que la organización tenga un carácter estable o por tiempo indefinido; que exista de manera concertada y coordinada por un reparto de tareas o funciones con el fin de cometer delitos; que se evidencie una estructura en la organización criminal que puede ser más o menos compleja, dependiendo de la finalidad delictiva; que la organización cuente con la infraestructura necesaria para realizar un plan criminal complejo que no pueda realizarse por grupos no organizados o insipientes.

Para la autora que hemos venido analizando, la existencia de estructura implica que se evidencien relaciones de jerarquía y disciplina en cuya virtud, algunos miembros se someten a las decisiones de otros que ejercen la función de jefes y que definen y reparten las distintas funciones entre los miembros; y que el delito se cometa como una actividad de la organización²⁶. Recordemos finalmente, que la legislación española distingue entre la organización criminal y el grupo criminal, dándole a éste una connotación menos grave que la que se acaba de plantear, pero que en el fondo trae consecuencias prácticas frente al problema objeto de este análisis.

Ahora bien, en el ordenamiento penal colombiano, el concierto para delinquir está incluido en los delitos contra la seguridad pública, de manera que el artículo 340 establece que “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta (...)”²⁷.

Asimismo, establece dos modalidades de pena, atendiendo a la gravedad de la conducta a realizar por los concertantes, en este sentido, el legislador colombiano hizo un juicio de desvalor diverso de acuerdo con las conductas a las que se dedique la organización. De una parte, se especificó la pena más alta cuando el concierto es para cometer delitos graves²⁸ y un desvalor atenuado respecto

24 Ídem., pp. 522-523.

25 Ídem.

26 Ídem., p. 524.

27 Este artículo ha sufrido diversas modificaciones por parte del legislador. En este orden se ha modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002, se aumentaron las penas en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º. de enero de 2005 y se modificó el inciso segundo por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006.

28 Aunque la ley penal colombiana no lo caracteriza como tal, se entiende que se refiere a los delitos que atentan contra la humanidad, la libertad, la salubridad y la seguridad públicas, esto es, “*para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión,*

al anterior con la imposición de una pena intermedia, cuando se ejecuta con la finalidad de cometer delitos relacionados con hidrocarburos y fraude aduanero²⁹.

De otra parte, con la transformación de grupos al margen de la ley tales como narcotraficantes, paramilitares e insurgentes y la micro-diseminación de pequeños grupos disidentes del proceso de justicia y paz adelantado con el paramilitarismo, el poder ejecutivo creó la comisión contra las bandas y redes criminales denominadas “Bacrim”³⁰.

En el decreto por medio del cual se creó la comisión interinstitucional contra las bandas y redes criminales, el gobierno desarrolló lo que consideramos una conceptualización de lo que debemos comprender como nuevas organizaciones y grupos criminales en Colombia. En el decreto se indicó que las Bacrim están compuestas por varias personas que permanecen unidas en el tiempo con fines criminales, que son “organizaciones de carácter multidelictivo, independientes unas de otras, carentes de cualquier tipo de ideología, desplegándose hacia zonas donde convergen las fases de la cadena del narcotráfico”, cuya actividad está ligada a la consolidación de alianzas con otros grupos de delincuencia, grupos terroristas y narcotraficantes. Como puede observarse, compartimos la opinión sustentada de los especialistas en seguridad y defensa que acompañan el proceso de paz en Colombia, quienes en diversos debates académicos han explicado que las Bacrim son aquellas estructuras narcomilitares derivadas de las antiguas organizaciones paramilitares desmovilizadas y cuyos espacios criminales que dejaron son ocupados por estos grupos emergentes. Por su naturaleza y forma de actuación no son actores del conflicto armado, sino propiamente organizaciones criminales³¹.

Las Bacrim tienen en Colombia, de acuerdo con el Decreto 2374, dos modalidades de existencia, las denominadas de *componentes estructurales*, cuya organización se encuentra en zonas rurales, poseen armas de guerra y una organización jerárquica para custodiar, explotar y disputar zonas estratégicas y corredores de narcotráfico junto a *otras modalidades delictivas*. Y las denominadas de *redes criminales*, como aquellos grupos que se identifican como miembros de una Bacrim a la que sirven, aunque pertenezcan simultáneamente a otras organi-

enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos,” o “financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.”

- 29 El tipo penal se especifica de la manera indicada cuando el concierto es para la realización “*de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.*”
- 30 Cfr. Ministerio del Interior y de Justicia, *Decreto 2374 de 2010*, por medio del cual se creó la comisión interinstitucional contra las bandas y redes criminales.
- 31 Álvarez Gómez, Christian, “Bacrim, seguridad ciudadana y estrategia institucional”, en: *Seguridad y defensa en la transición de la guerra a la paz: reflexiones y perspectivas*, Edit. Vargas Velázquez, Alejo y García Pinzón, Viviana, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2015. pp. 33-44.

zaciones, como los denominados *combos* y *oficinas de cobro*. En una especie de franquicia de pequeños grupos que se valen del nombre de Bacrim, con mayor poder económico, armado y estructural, a nombre de quien cometen sus delitos o para quien prestan sus servicios criminales³². En este sentido, se equiparan en todo caso las dos modalidades a la criminalidad organizada.

Finalmente, al igual que en el ordenamiento español, también prevé una pena diversa para “quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

El tipo penal objetivo, tal como está descrito en la ley penal colombiana, sanciona con pena a los sujetos que se pongan de acuerdo para cometer delitos, descripción que no ha sido ajena a problemas de indeterminación, vacíos interpretativos y de aplicación práctica. Es por ello que por vía jurisprudencial también se ha llenado de contenido el concepto, y se ha complementado el ámbito de protección y prohibición de la norma, identificando la jurisprudencia colombiana el concierto para delinquir con la organización o la empresa criminal.

En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha identificado las características generales del delito³³, de esta manera, ha definido el concierto como la celebración de un convenio o contrato con fines de organizar una sociedad cuyo objeto es asumir la actividad delictiva como negocio, como su empresa, como un objeto societal:

*El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa...³⁴*

El punto de partida de la definición limita con el concepto de coautoría, en la medida que la Corte Constitucional indica que no existe acuerdo previo entre los concertantes sobre los delitos específicos que cometerán, de manera que la

32 En esta modalidad de Bacrim, el grupo adolece de mando jerárquico y su financiación es por pago económico que realizan sus acciones. Normalmente ejecutan tareas específicas en nombre de una organización estructurada, con el fin de cometer o incidir en delitos indeterminados, en particular aquellos que hemos denominados más graves.

33 Básicamente se han proferido cuatro sentencias, en las que se ha abordado el tema del concierto para delinquir, siendo la más importante, la más reciente del año 2013, por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013, M.P: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio; C-241 de 1997, M.P: Morón Díaz, Fabio; C-936 de 2010, M.P: Vargas Silva, Luis Ernesto; C-771 de 2011, M.P: Pinilla Pinilla, Nilson.

34 Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013, Op. cit. En el caso colombiano el empleo de comunicaciones no habituales es incluido como característica apenas hace dos años, de manera casi idéntica, en la jurisprudencia constitucional.

sociedad u organización es creada para cometer delitos indeterminados; tampoco hay un acuerdo específico sobre el momento, en la medida que la sociedad no tiene limitación temporal específica sino que por el contrario, se constituye con permanencia en el tiempo; tampoco hay acuerdo respecto del lugar o las personas o bienes que se afectarán, pero si hay un acuerdo que define y marca la intencionalidad o animo de negociación, esto es, delinquir. De manera que la Corte indica, en términos similares a los de la doctrina y la jurisprudencia española:

i) que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, ii) que el pacto o acuerdo entre los integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, iii) que su constitución representa un peligro para la tranquilidad colectiva y atenta contra la seguridad pública³⁵.

Ahora bien, a renglón seguido, la Corte expresa que el concierto constituye una empresa criminal, de manera que le da ese significado específico en la definición constitucional del delito. En palabras de la Corte, lo esencial en el delito es la organización de una empresa criminal, con vocación de permanencia y para cometer delitos indeterminados de manera plural, sin importar si se trata de un mismo delito y sus modalidades de forma plural y reiterada, como es el caso de las organizaciones especializadas en hurto en diversas modalidades, extorsión en diversas modalidades o el cobro y “sicariato”. La consumación del delito no implica que se ejecute efectivamente el fin propuesto o se alcance el cumplimiento de los propósitos propuestos por la organización ya que es suficiente el simple acuerdo, por cuanto se trata de un delito de peligro.

El concierto para delinquir como delito autónomo es independiente y distinto de los delitos específicos que puedan llegar a cometer los miembros en la ejecución de sus actividades, delitos que por su naturaleza autónoma pueden ser sancionados de manera individual en un verdadero concurso de delitos³⁶. Ahora bien, la empresa criminal implica que exista un acuerdo sobre la distribución de acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar un fin con ánimo de permanencia.

Al observar la última sentencia sobre el concierto para delinquir en el medio colombiano, la Corte Constitucional analizó una vez más su concepto de criminalidad organizada y al respecto indicó que:

Funciona como una empresa y requiere como ella de elementos básicos como la existencia de normas internas, sistemas de comunicaciones especiales,

35 Ídem.

36 Ídem.,

división del trabajo, estructura jerárquica, rutinas y procedimientos estandarizados, competencias técnicas especializadas y profesionalización de sus miembros, lo cual potencia y multiplica su efectividad. (...) La criminalidad organizada constituye una empresa mundial que mueve miles de millones de dólares y que resulta una antítesis de la sociedad civil, tal como lo destaca el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.³⁷

Como se observa hasta el momento, el factor común a los instrumentos normativos indicados es el i) acuerdo previo entre ii) dos o más sujetos, iii) para cometer delitos iv) con vocación de permanencia, v) estructura jerárquica y vi) sistemas internos de administración y comunicaciones. Sin embargo, esta es una concepción formal y no material del concepto de organización criminal, en el contexto político criminal en el que surge el delito en la actualidad, que como se observó es común a partir de instrumentos y compromisos internacionales de lucha contra el crimen organizado.

1.2. Los criterios identificadores y el problema con la coautoría o codelincuencia

Como se observa hasta el momento, el principal problema que se debate en la práctica judicial colombiana es la confusión que suscita el concepto de concierto para delinquir frente al concepto de coautoría. En efecto, en la práctica judicial ha reinado el desconcierto y el uso indiscriminado de la figura del concierto para delinquir a simples coautorías, por coincidir empíricamente con los requisitos del concierto y la organización criminal³⁸. La jurisprudencia constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, han planteado los requisitos que implican su configuración, sin embargo, en las investigaciones penales el órgano titular de la acción penal, en su calidad de director de la investigación, imputa y acusa por el delito de concierto para delinquir en concurso con otras conductas previstas a título de coautoría.

En España, el problema que se plantea frente a la categoría de organización criminal es de dos dimensiones. De una parte, Méndez Rodríguez hace explícito el problema de la existencia de una acumulación normativa que implica problemas de imputación en la práctica, a partir de la incorporación de los delitos relacionados con la organización y el grupo criminal, también frente a la existencia también de las modalidades agravadas del tráfico de drogas cuando

37 Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013, Op. cit.

38 Cfr. Bernate Ochoa, Francisco y Medina Rico, Ricardo Hernán, Coautoría y... Op. cit.

se pertenece a grupos criminales, sin desconocer claro está, las modificaciones introducidas paulatinamente en el ordenamiento español, que van desde considerar la asociación ilícita, la pertenencia transitoria a organización criminal en diferentes modalidades y en diversas conductas como agravantes.

De otra parte, en la segunda dimensión del problema, el artículo 28 de la ley penal española especifica quienes son autores en el ordenamiento jurídico español, al establecer requisitos similares a los del ordenamiento jurídico penal colombiano, la inquietud se mantiene en términos similares, formal y materialmente.

En primera medida, el artículo 28 consagra la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría. El artículo 29 del código penal colombiano también lo especifica de la misma manera, contexto en el que la doctrina y la jurisprudencia de los dos países acepta la teoría del dominio del hecho, veamos la siguiente tabla (i) comparativa:

Tabla 1. La coautoría en España y Colombia

Artículo 28. Ley Penal española	Artículo 29. Código penal colombiano
“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”	“Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.”
<p>“También serán considerados autores:</p> <p>a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.</p> <p>b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”</p>	<p>“Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.</p> <p>(...)”</p>

1.3. Toma de posición. Un concepto material unificador

Es precisamente el contexto económico y mundial actual el que permite darle sentido al concepto de crimen organizado. En consecuencia del análisis precedente, el panorama económico, de mercado y de seguridad, la categoría de criminalidad organizada u organización criminal está enmarcada en el contexto de la empresa, la organización empresarial y el mundo de la gestión y control de los negocios, pues la criminalidad usa las tecnologías y el saber propio de las organizaciones del mercado, incluyendo por supuesto la publicidad y el *marketing*.

La organización criminal hoy no puede ser desligada de la estructura empresarial pero en el mercado ilícito y por lo tanto, no cualquier conducta por el hecho de ser cometida por una pluralidad de sujetos puede ser considerada como tal. Este es el criterio diferenciador que debe tener en cuenta el operador jurídico al aplicar el tipo penal autónomo³⁹.

El hecho de que exista indeterminación conceptual y una inusitada profusión de normas que buscan darle connotación de crimen organizado a cualquier acuerdo o asociación delictiva, ha servido para legitimar medidas de persecución y guerra a diversos problemas sociales, también ha permitido que el Estado se valga de medios inmorales y poco éticos para evitar la impunidad, por ejemplo: la política de delatores, informantes que ayudan a la policía, la acción criminal en la calle con vigilancia y casi acompañamiento permanente de la policía para conocer la estructura del grupo⁴⁰, operaciones encubiertas, entrapamientos y entregas vigiladas, así como de instrumentos de vigilancia y seguimiento para restringir libertades y garantías procesales⁴¹ en franca oposición a los derechos fundamentales⁴². También ha servido para imputar el delito de concierto para delinquir a meros acuerdos de protesta social en concurso de delitos con obstrucción de vía pública a quienes promueven en conjunto protestas sociales no autorizadas por el poder⁴³.

- 39 Un análisis detallado de los diversos intentos de conceptualización del tema, en: Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado, una categorización frustrada*, Ed. Leyer, 1996. p. 15. Para el autor la realidad que se pretende abarcar con la categorización de “*crimen organizado*” se encuentra dispersa y necesita de un análisis particularizado, pues las hasta ahora falsas categorías, no permiten comprender el fenómeno en el campo científico.
- 40 Muestra de esta situación es la persecución de bandas criminales en el centro de la capital colombiana que luego de varios años de seguimiento son desarticuladas. Parte del material probatorio presentado por las autoridades de manera sorprendente es de varios meses o años de vigilancia en la que la policía observa pasivamente la comisión de delitos sin hacer nada al respecto. Para un ejemplo de ello, se puede observar el caso de “los chinches” referido por un medio de comunicación en Colombia. Cfr. https://www.youtube.com/watch?v=e_OK9evB5TQ
- 41 Sobre los alcances y las medidas procesales en la lucha contra el crimen organizado, un estudio comparativo de América Latina y Europa, puede verse en la reciente publicación de autores varios en Perú: Cfr. Cubas Villanueva, Víctor y Girao Isidro, Miguel A, *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y video-vigilancia*, Pacífico Editores S.A.C., Lima, 2016. Sobre el tema en el marco de la Unión Europea, se puede consultar la edición colombiana de: Vega Dueñas, Lorena Cecilia, *Protección de testigos, víctimas y colaboradores con la justicia en la criminalidad organizada*, Edit. Ibáñez – Universidad Javeriana, Bogotá, 2016.
- 42 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado*, Ob., Cit., pp. 44 y ss.
- 43 Sobre los límites a la investigación del crimen organizado, Roxin explica que estas actuaciones no se justifican en la lucha contra la criminalidad organizada, para el autor alemán el argumento, según el cual, cierto tipo de criminalidad organizada y altamente profesionalizada solo se puede combatir con espías, infiltrados o inmiscuyéndose en la intimidad de los ciudadanos, no es un argumento jurídico, y aun así, existiendo legislación que los regule, se deben aclarar los límites de su permisibilidad. Cfr. Roxin, Claus, “La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro”, en: AA.VV. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Coord. Versión en castellano, Muñoz Conde, Francisco, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p. 401.

De otra parte, es necesario encontrar puntos de encuentro y desencuentro entre el crimen organizado o empresa criminal y la criminalidad de empresa. Diferenciación que compartimos con Zúñiga, quien ha expresado acertadamente que existe una especie de:

Intercomunicación entre organizaciones criminales y sociedades mercantiles, toda vez que poseen características similares, esto es, organización funcional, jerarquías, división del trabajo, profesionalización de sus miembros. No en vano las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negocios: la racionalización de los medios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, la interrelación con otras organizaciones, la tendencia a reinvertir una parte de los beneficios, etc. Todo ello ha llevado a hablar desde el plano criminológico de la existencia de una verdadera “industria del crimen”. Digamos que las organizaciones criminales cumplen las mismas funciones que las sociedades comerciales, sólo que en el mundo ilícito.⁴⁴

Las anteriores observaciones se dirigen a la necesidad de establecer un concepto complejo y unificador que permita comprender el alcance de la categoría integradora de conceptos como organización criminal, grupo criminal, concierto para delinquir, Bacrim., etc. Este concepto permitirá que sólo aquellos acuerdos criminales que se den en el desarrollo de las actividades de la organización criminal son susceptibles de ser denominados como tal, los demás acuerdos previos que no reúnan dicha connotación deberán ser tratados como lo establecen los códigos penales estudiados, esto es, como un fenómeno de coautoría o codelincuencia. No se trata de un concepto menor o insignificante, pues de su correcta formulación, comprensión y aplicación, se podrá limitar el uso de operaciones encubiertas y todas las T.E.I previstas para la delincuencia organizada y no para la simple coautoría, el tratamiento procesal a ésta es de menos limitación de derechos que el de aquella⁴⁵.

De esta manera deberá entenderse que existe organización criminal cuando hay un acuerdo o concertación de dos o más personas⁴⁶, para cometer delitos de

44 Zúñiga Rodríguez, Laura: “Criminalidad organizada...”, Op. cit. pp. 59-60

45 Sobre la tensión entre derechos y eficacia en los métodos de investigación penal, especialmente en lo que tiene que ver con las nuevas formas tecnológicas de vigilancia contra el crimen organizado, Cfr. Urbano Castrillo, Eduardo de, “La investigación tecnológica del delito”, en: AA.VV, *los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la techno vigilancia*, Ed. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2007. pp. 19-76.

46 Recordemos que la legislación española diferencia entre organización y grupo criminal. En este concepto no se habla de tres o más personas como se establece genéricamente para la organización criminal, pues en esta

manera indeterminada y con vocación de permanencia —requisitos de primer orden—. Además de lo anterior, deberá demostrarse la estructura de la organización, su composición jerárquica, la división de trabajo y la especialidad de acción técnica o profesional de sus miembros, los mecanismos de comunicación especiales, la administración de los bienes o recursos, el objeto delictivo que los une como organización y las rutinas y procedimientos estandarizados de acción —requisitos de segundo orden o estructurales—.

De no presentarse alguno de estos requisitos, deberá entenderse que se trata de un acuerdo de coautoría o codelinuencia común, de manera que no se configuraría la tipicidad del delito autónomo y tampoco se habilitaría la legitimidad procesal del uso de las T.E.I. contra el crimen organizado.

2. ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y COAUTORÍA: PROBLEMA CONCEPTUAL DE APLICACIÓN PRÁCTICA

2.1. La coautoría en Colombia

El artículo 29 de la ley penal colombiana establece normativamente quienes son autores y coautores, especificando que la modalidad de coautoría se presenta cuando existe un acuerdo común previo, entre sujetos que actúan con división del trabajo criminal y su conducta es un aporte importante en la ejecución del hecho. Como se observa, los requisitos son similares a los del delito autónomo de concierto para delinquir, lo que ha llevado a un uso desbordado y arbitrario por quienes detentan el poder judicial y de investigación criminal en el proceso penal.

De las definiciones, tanto legales como de la jurisprudencia, se puede ver que para que exista la coautoría es necesario que haya un acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito. Acuerdo significa, de conformidad con la Corte Suprema de Justicia, “conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación”. A su turno, “división quiere decir separación, repartición”. Finalmente, “aportar, derivado de ‘puerto’, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común”⁴⁷.

Para finalizar el punto de vista de la adopción de la teoría del dominio del hecho, la doctrina colombiana indica que deben concurrir los elementos objetivos y

definición incluimos el denominado grupo criminal con las mismas exigencias que permitan diferenciarlo de la coautoría.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21 de agosto de 2003, radicación 19213.

subjetivos del delito y, además, los actos de los coautores deben realizarse en la fase de ejecución y consumación de la conducta, pero sin que concurran en su realización personalmente sino que también pueden ser cometidos a distancia, dependiendo del plan criminal trazado⁴⁸.

2.2. La coautoría en España

En la legislación española son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. De igual manera establece que también es considerado autor, el inductor y los que cooperan en la ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado la conducta. En otras palabras, los dos ordenamientos plantean requisitos similares.

La doctrina española indica que en la ley penal española se consagra la autoría directa unipersonal, la autoría mediata y la coautoría, al especificar de la última que son autores quienes realizan el hecho conjuntamente; de acuerdo con esto, para que se presente coautoría deben presentarse los siguientes requisitos: un elemento subjetivo, el acuerdo previo y común, la división de funciones previamente acordada y la contribución esencial, la que de ser retirada, descompone todo el plan. Al identificarse en el ordenamiento español la figura del cooperador necesario como partícipe, la fórmula para distinguirlo del coautor se basa en la teoría del dominio funcional del hecho, en la medida que es coautor aquel que posee el dominio funcional del hecho y el que interviene codominando el hecho.

De manera similar, y adoptado en Colombia como criterio auxiliar en las decisiones judiciales, se indica que de acuerdo a la forma como actúan los delinquentes en el fenómeno de coparticipación, de manera que aunque todos no concurran a la realización material del delito, cumplen una parte del mismo y cuya realización es importante para la finalidad propuesta. Puig plantea que se deben considerar coautores, no sólo a los que ejecutan materialmente todos los elementos del tipo, sino también a los que aportan una parte esencial de su ejecución en su fase ejecutiva. El hecho les pertenece a todos y no solo al ejecutor material, el delito es obra de todos, quienes “comparten” su ejecución al distribuirse y asignarse las tareas para cumplir el fin propuesto⁴⁹.

48 Salazar Marín, Mario, *Autor y partícipe en el injusto penal, escuela dialéctica del derecho penal*, segunda edición, Bogotá, Ibáñez, 2011.

49 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*. 5ª edición, Barcelona, 2002.

2.3. Criterio material de diferenciación entre la organización criminal y la coautoría

Ahora bien, identificadas las características en común, es necesario indicar cuáles son las características que le corresponden a la organización criminal. Observadas así las cosas, sólo aquellos acuerdos previos de dos o más personas que cumplan con los requisitos de primer y segundo orden o estructurales en su integridad, podrán ser considerados una organización criminal.

La coautoría implica co-dominio funcional para cometer un delito o varios delitos, en un solo golpe o en varios golpes, pero sin que exista estructura u organización más allá del acuerdo criminal para cometer el delito o los delitos concretos. En el concierto para delinquir o la organización criminal, la acción delictiva autónoma consiste en ponerse de acuerdo con ánimo de asociación para crear una organización y cometer varios delitos, la intención final es la organización. Se trata de un acuerdo de voluntades de permanencia en el tiempo que no se termina al finalizar una acción o varias acciones propuestas, esto es, la intención final del grupo no es un golpe, sino organizarse como empresa para dar muchos golpes de manera indiscriminada.

En este orden de ideas, en la codelinuencia o coautoría, esa manifestación de la voluntad es momentánea u ocasional, el querer colectivo o finalidad común es para la realización de una o varias acciones típicas determinadas pensadas en conjunto anticipadamente. En este golpe criminal en conjunto, participan los delincuentes con división de trabajo planeado y articulado, con un control compartido del hecho o con su co-dominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad colectiva⁵⁰. En la organización criminal los sujetos se asocian y el desvalor se da, como delito autónomo, de un querer organizacional para cometer delitos que trasciende la simple comunidad para cometer uno solo. El desvalor es por su intención final de organización, asociación empresarial organizada.

Del contexto del que se deriva la decisión político criminal de tipificar la organización criminal y sus discursos justificantes, nacen los requisitos de imputación material, esto es, que se trata de una empresa, organización o agrupación con carácter empresarial u organizado para cometer delitos, de manera que ese hecho de constituirse con ánimo *societatis* hace que se pueda identificar la tipicidad de la conducta. Sin embargo, no es suficiente este aspecto subjetivo, sino que se debe comprobar empíricamente a través de la investigación penal,

50 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 de septiembre de 2.003. Radicado 17083. M.P. Jaime Tamayo Lombana.

de manera que se demuestren objetivamente los requisitos de primer y segundo orden como se especificó atrás.

2.4. El concurso de conductas del sujeto perteneciente a la organización criminal

Si bien es cierto que son coautores quienes no concurriendo a la realización material del injusto han participado de un plan común y su contribución ha sido esencial para su realización, se podría llegar a pensar que todo delito en el que participe un sujeto perteneciente a la organización criminal se le podría imputar a título de coautor. Sin embargo, esta conclusión es errada.

Lo primero que hay que advertir, como conclusión de lo que aquí se ha expuesto, es que con la pertenencia a la organización criminal se incurre en el tipo penal autónomo, bien de concierto para delinquir o bien de organización criminal, pero toda acción delictiva que se ejecute en virtud de su existencia se debe entender como un delito autónomo imputable a quien lo realiza, a quienes participan en él como coautores o partícipes o al que pudiendo y teniendo la facultad en la organización da la orden de ejecución. También implica que a todo aquel que se le impute el concierto, se le puede imputar los demás delitos que cometa en virtud de la ejecución del objetivo criminal, pues el concierto de ninguna manera subsume los delitos cometidos por la organización.

Como puede observarse, es deber del Estado la demostración de que el sujeto tuvo intervención en el delito específico, adicional a la configuración del delito de organización criminal.

La misma situación se predica cuando la organización criminal se edifica para cometer delitos graves. En este sentido, también se ha pronunciado la judicatura en la jurisprudencia colombiana, al indicar que el concierto para delinquir es una conducta punible autónoma e independiente de aquellas que se ejecutan como resultado del mismo, de manera que para la corte es equivocado suponer que la imposición de una pena por la comisión de un determinado delito, por ejemplo, hurto agravado en concurso con homicidio ejecutados como consecuencia del actuar de la organización o la banda criminal, impida condenar por el concierto, o que imputado el concierto, no se puedan imputar los delitos realizados por la organización. Para la Corte Constitucional en Colombia, condenar por el delito cometido no “agota la capacidad del Estado para castigar esa intención ‘formalizada’ de transgredir la ley, pues no se trata de una misma conducta, son

dos actuaciones distintas y plenamente identificables, que no requieren para configurarse la una de la otra y que atentan contra bienes jurídicos diferentes”⁵¹.

Un asunto final que se debe debatir pero que excede los propósitos de este análisis, es el que tiene que ver con la responsabilidad del sujeto que da la orden de realizar un delito pero que no lo ejecuta materialmente, teniendo el mando jerárquico de la organización y facultades en la misma para dar la respectiva orden. En este caso, tanto la doctrina española como la colombiana han discutido si se trata de una autoría mediata en aparatos organizados de poder por la fungibilidad de quien cumple la orden o si se trata de una forma de participación en la modalidad de determinador del delito de quien da la orden⁵².

Quienes defienden la autoría mediata del hombre de atrás, sin ser relevante el puesto que ocupe en la organización pero que tiene facultades de dar la orden y aun existiendo plena responsabilidad del autor material, dan relevancia a la fungibilidad del ejecutor. Sin embargo, para autores como Díaz y García⁵³, el autor material es un sujeto que actúa por decisión libre y responsable, por lo que prefiere calificar la responsabilidad de quien ordena como una forma de participación y no de autoría mediata.

A diferencia del autor citado, Sánchez Vera argumenta de manera totalmente contraria, al indicar que en este tipo de organizaciones criminales, mafiosas, de pago a sicarios, terroristas, organizaciones violentas jerarquizadas, etc., se predica la pena a título de autoría no sólo para el autor material, sino también para el hombre de atrás, “pero no porque éste último deba ser calificado como inductor —y a la inducción deba corresponderle la misma pena que al autor—, sino porque el hombre de atrás debe ser calificado como verdadero (co)autor, según el estado de la dogmática más moderna en la materia, y de la jurisprudencia más reciente”⁵⁴.

Desde nuestro punto de vista, la solución más aceptada en España no es de recibo en Colombia, pues en la ley penal colombiana se aplicaría perfectamente la figura del determinador como una forma de participación, pues en esta normatividad, el determinador es merecedor de la misma pena que el autor. No obstante lo anterior, la sola dirección de la organización criminal no le hace merecedor de ser penado como autor mediato o determinador según corresponda, sino que se debe demostrar la orden dada y la facultad que tenía para hacerlo en el marco de la organización criminal.

51 Corte Constitucional, Sentencia C-241 de 1997, Op. cit.

52 Díaz y García-Conlledo, Miguel: “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 10 (2008); también plantea la discusión, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: “En los límites de la inducción”, *InDret*, No. 2 (2012).

53 Díaz y García-Conlledo, Miguel: Op. Cit.

54 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: “En los límites...”, Op. cit.

3. CONCLUSIÓN: EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL COMO CRITERIO LIMITADOR

Como se observó, son tres los problemas que plantea la similitud entre categorías dogmáticas como la autoría y la codelincuencia, con las nuevas estructuras típicas de delincuencia organizada. Ante este panorama, es necesario construir conceptos operativos que den cuenta de la especificidad o diferenciación de lo que es una organización criminal de la simple codelincuencia.

Además, también es necesario delimitar la responsabilidad penal por el hecho de pertenecer o adherirse a la organización frente a los delitos que se le pueden imputar al sujeto por su acción con el grupo. En el marco de un estado constitucional y bajo la comprensión del derecho penal como límite al poder, la responsabilidad penal debe seguir siendo de acto y no de autor, de manera que aunque el sujeto pertenezca al grupo, solo es responsable por los hechos en los que haya actuado, bien como autor o participe, nunca por delitos cometidos por el grupo y en los que no se demuestre su participación. Para poder imputarle objetivamente un resultado producto de su actuar como jefe de la organización, es necesario demostrar su participación en el hecho como copartícipe determinante o autor. En el caso de no actuar en la realización material del hecho, pero por la estructura organizada el sujeto que da la orden en el marco de la organización es responsable a título de autor, de ahí que sea tan importante el cumplimiento de los requisitos de segundo orden en una organización criminal.

3.1. Necesidad de un concepto de sentido y contenido de organización criminal

Ante la similitud existente entre los delitos de concierto, asociación para delinquir, organización o grupo criminal frente a la coautoría o codelincuencia, es necesario especificar que no todo acuerdo previo entre dos o más personas puede considerarse como conducta típica de estos delitos, de manera que debe existir un criterio diferenciador entre la coautoría o codelincuencia con la organización criminal. Para que se tipifique el tipo penal autónomo es necesario que el Estado demuestre la existencia de la organización con todos los requisitos, esto es, requisitos de primer orden y los de segundo orden o requisitos estructurales.

Una organización criminal se demuestra a través de medios de convicción que especifiquen de manera clara la existencia de una estructura organizada, esto es, un mando específico, relaciones de jerarquía, atribución de funciones, atribución de tareas, planificación para el cumplimiento de fines criminales, proyección

de permanencia y de comisión de delitos indeterminados. Todo lo contrario a estos requisitos configura la mera coautoría o codeincuencia.

En este orden de ideas, el concepto complejo de organización criminal implica demostrar el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. *Requisitos de primer orden*: a. acuerdo o concertación de dos o más personas, b. para cometer delitos de manera indeterminada y c. vocación de permanencia del acuerdo. 2. *Requisitos de segundo orden o estructurales*: a. La estructura de la organización y su composición jerárquica; b. la división de trabajo y la especialidad de acción técnica o profesional de sus miembros, c. los mecanismos de comunicación especiales, d. la administración de los bienes o recursos, e. el objeto delictivo que los une como organización y f. las rutinas y procedimientos estandarizados de acción. Cuando el órgano de investigación no puede demostrar estos requisitos, estamos ante un fenómeno de codeincuencia.

3.2. Retos de aplicación práctica

Uno de los retos más importantes de aplicación práctica del concepto complejo de crimen organizado, está en la obligación de los órganos de investigación penal de demostrar el cumplimiento de los requisitos de segundo orden o estructurales. Si bien podría decirse que todos esos requisitos hacen menos eficiente la lucha contra el crimen organizado, lo cierto es que se protege la libertad de las personas y sujetos que sin estar vinculados a esas estructuras especiales, puedan llegar a ser investigados como delincuentes transnacionales cuando apenas son coautores de delitos comunes.

En consecuencia, es una obligación del Estado a través de los órganos de investigación penal, demostrar los requisitos de segundo orden o estructurales para poder imputar el delito autónomo y habilitar las prácticas de investigación procesal contra el crimen organizado.

Además de lo anterior, surgen otros retos de investigación académica que no han sido abordados en nuestro medio y que deben ser profundizados en la necesaria construcción de una dogmática penal que atienda los problemas locales, sin perder de vista que las políticas penales son globales. En consecuencia, es necesario configurar reglas actualizadas sobre la interpretación y aplicación de los dispositivos amplificadores del tipo, tales como el concurso de delitos cuando se trata de organizaciones criminales, la intervención de sus integrantes en la comisión de delitos especiales propios o la aplicación de teorías como la de los aparatos ilegales organizados de poder y la responsabilidad de sus líderes.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV, Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo 1, Ed. Ibáñez – Universidad de los Andes y Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2015.
- Acán Guerrero, Sandra, *El crimen organizado*, Ed. Impresos el Águila, Guatemala, 2015.
- Álvarez Gómez, Christian, “Bacrim, seguridad ciudadana y estrategia institucional”, en: *Seguridad y defensa en la transición de la guerra a la paz: reflexiones y perspectivas*, Edit. Vargas Velázquez, Alejo y García Pinzón, Viviana, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2015.
- B.O.E., Código Penal y legislación complementaria, Edición actualizada a 21 de enero de 2016, disponible en: www.boe.es/legislacion/codigos/
- Bernate Ochoa, Francisco y Medina Rico, Ricardo Hernán, “Coautoría y concierto para delinquir”, en: AA.VV, *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, tomo 1, Ed. Ibáñez – Universidad de los Andes y Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2015.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1142 de 2007, diario oficial 46673 del 28 de junio de 2007.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 800 de 2003, diario oficial 45131 del 18 de Marzo de 2003.
- Contreras, Joaquín Cuello. “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, No 1, p. 5-29.
- Corte Constitucional, Sentencia C-241 de 1997, M.P: Morón Díaz, Fabio.
- Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013, M.P: Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio
- Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011, M.P: Pinilla Pinilla, Nilson.
- Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010, M.P: Vargas Silva, Luis Ernesto.
- Corte Ibáñez, Luis de la y Giménez-Salinas, Andrea, *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ed. Ariel, Barcelona, 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 de septiembre de 2.003. Radicado 17083. M.P. Jaime Tamayo Lombana.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 16 de abril de 2015, Radicado 38179, M.P: Bustos Martínez, José Leonidas.

Cubas Villanueva, Víctor y Girao Isidro, Miguel A, *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y video-vigilancia*, Pacífico Editores S.A.C., Lima, 2016.

Díaz y García-Conlledo, Miguel: “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 10 (2008).

Escalante Barreto, Caviedes Estanislao. *La indagación y la investigación en el proceso penal: límites constitucionales: el agente encubierto y la interceptación telefónica*. Ed. Ibáñez, Bogotá, 2012.

INPEC, Estadísticas, documento digital en la página web del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Bogotá, disponible en: <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Estad%EDsticas> (30.04.2016)

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*. 5ª edición, Barcelona, 2002.

Méndez Rodríguez, Cristina, “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, vol. 34.

Ministerio del Interior y de Justicia, Decreto 2374 de 2010, por medio del cual se creó la comisión interinstitucional contra las bandas y redes criminales.

Ministerio del Interior y de Justicia, Proyecto de Ley 164 de 2010, gaceta 737 de 2010.

Olivé Ferré, Juan Carlos, *Autoría y Delitos Especiales*. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, 2001, vol. 1.

Roxin, Claus, “La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro”, en: AA.VV. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Coord. Versión en castellano, Muñoz Conde, Francisco, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- Salazar Marín, Mario, *Autor y participe en el injusto penal, escuela dialéctica del derecho penal*, segunda edición, Bogotá, Ibáñez, 2011.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: “En los límites de la inducción”, *InDret*, No. 2 (2012).
- Sánchez García de Paz, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ed. Ministerio del Interior y Dickinson, Madrid, 2005.
- Sanz Mulas, Nieves: “De las libertades del marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 14-10 (2012)
- Urbano Castrillo, Eduardo de, “La investigación tecnológica del delito”, en: AA.VV, *los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecno vigilancia*, Ed. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2007.
- Vargas Velázquez, Alejo y García Pinzón, Viviana, *Seguridad y defensa en la transición de la guerra a la paz: reflexiones y perspectivas*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2015.
- Vega Dueñas, Lorena Cecilia, *Protección de testigos, víctimas y colaboradores con la justicia en la criminalidad organizada*, Edit. Ibáñez – Universidad Javeriana, Bogotá, 2016.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado, una categorización frustrada*, Ed. Leyer, 1996.
- Zúñiga Rodríguez, Laura: “Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas”, en VV.AA.: *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
45

126

EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA VIOLENCIA DEL NARCOTRÁFICO COMO ACTOS TERRORISTAS Y SU VINCULACIÓN CON LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

THE LEGAL TREATMENT OF THE NARCOTRÁFICO'S VIOLENCE AS TERRORISTS ACTS AND ITS LINKAGE TO THE TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME

*Omar Huertas Díaz**

*Juan Manuel Gómez Rodríguez***

*Christian Benítez Núñez****

Fecha de recepción: 19 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2016

*Es importante que la lucha contra la violencia sea tratada como un
asunto de defensa de la legalidad no como una guerra.*

Mary Kaldor

RESUMEN

Este artículo busca analizar los vínculos entre terrorismo, narcotráfico y delincuencia organizada transnacional, mediante el uso de una metodología deductiva y analítica. Se analizan en primer término, los antecedentes norma-

tivos del terrorismo, el narcotráfico y la delincuencia organizada transnacional, para de ahí explorar las deficiencias de los sistemas institucionales nacionales, problemas como la corrupción y la economía informal, que son considerados como factores decisivos en esta problemática. Así mismo, se examina el

-
- * Abogado, Profesor Asociado, Especialista en Derecho Penal, Líder Grupo de Investigador y Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Candidato a Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología. Investigador Asociado COLCIENCIAS 2015. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co
- ** Doctor en Derecho comunitario europeo por la Universidad de Castilla la Mancha, España, Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia por la Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, en Madrid, España. Profesor Investigador de Tiempo Completo, UAEMOR jm2oct@yahoo.com
- *** Licenciado y maestro en Derecho, becario del CONACYT del Programa de estudios del Doctorado en Derecho y Globalización, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de

enfoque de lucha contra el terrorismo y su influencia en América Latina para la militarización de la lucha contra el narcotráfico. Finalmente, se explora el papel que la Declaración de Seguridad de las Américas de la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS y su concepto de “seguridad humana” hemisférica, y el efecto que la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional, han jugado a la hora de abordar el tratamiento de la inseguridad a nivel regional en Latinoamérica.

Palabras claves: Narcotráfico, Terrorismo, Delincuencia Organizada Transnacional, Corrupción, Seguridad.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the links between terrorism, drug trafficking and transnational organized crime, through the use of a deductive and analytical methodology. First, the normative bac-

kground of terrorism, drug trafficking and transnational organized crime are explored, in order to show the weaknesses of national institutional systems, problems such as corruption and the informal economy, which are considered as decisive factors in this problem. Likewise, it examines the approach to fight against terrorism and its influence in Latin America for the militarization of the fight against drug trafficking. Finally, it explores the role that the Declaration of Security of the Americas of the Organization of American States and its concept of “human security” in the hemisphere, and the effect that the Palermo Convention on Transnational Organized Crime has played in addressing The treatment of insecurity at the regional level in Latin America.

Key words: Drug trafficking, Terrorism, Transnational Organized Crime, Corruption, Security.

Morelos. Becario de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el curso “Medición y evaluación de acceso a los derechos humanos”. Buenos Aires, Argentina, 2015. Certificación por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el curso “Justice in matters involving Child victims”, marzo 2016 christianbenitez@uaem.mx

INTRODUCCIÓN

La globalización de la economía y la liberalización de los mercados han facilitado las actividades criminales de los grupos organizados, como es el caso de los carteles de narcotraficantes. Estos grupos se han servido de la erosión de las fronteras y de la demanda creciente de drogas, así como del comercio ilegal de productos ilícitos para superar el ámbito tradicional de actuación de las redes criminales, que ha pasado del territorio interno de los Estados a un ámbito transnacional.

Esta evolución en la actuación de los grupos criminales también se apoya en los ingentes recursos que se obtienen del lavado de dinero, a partir de la liberalización de los mercados de capitales en el sistema financiero internacional, así como en la endémica corrupción que alimenta la delincuencia organizada (Buscaglia, 2014, p.79). La mayor interconexión de las economías en el marco de la globalización, la creación y desarrollo de bloques regionales de integración económica, la reducción de los controles aduaneros y un menor control del tránsito de las personas, son algunos de los elementos que han beneficiado la capacidad operativa de las redes del crimen organizado para actuar a escala transnacional.

La lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, como fenómenos con recíprocas influencias, sólo puede ser eficaz si se lucha de forma simultánea contra la delincuencia organizada como un ilícito multidimensional, el tráfico ilícito de armas convencionales, el tráfico de personas, el lavado de dinero y otras actividades ilícitas que apoyan y permiten la financiación de su realización. El análisis de la relación entre el narcotráfico y la financiación de actos y actividades terroristas como ha destacado Shelley (2003), comúnmente se analiza sólo desde la perspectiva del financiamiento a éstas últimas.

Así por ejemplo, se ha señalado la vinculación del narcotráfico y el financiamiento de los talibanes en Afganistán, o que la compra de explosivos en los atentados del 11-M de Madrid fue financiada por el narcotráfico (Cassese, 2003, p. 126). En ambos casos, la actividad considerada secundaria es el narcotráfico respecto a la actividad principal que serían los actos terroristas. Sin embargo, el narcotráfico, como actividad criminal organizada de carácter transnacional, también puede usar las actividades terroristas con el fin de eludir los obstáculos legales inherentes a su realización, y apoyar a esta actividad ilícita de carácter principal.

Este artículo busca analizar los vínculos entre terrorismo, narcotráfico y delincuencia organizada transnacional mediante el uso de una metodología deductiva y analítica. Se analizan en primer término, los antecedentes normativos del terrorismo, el narcotráfico, y la delincuencia organizada transnacional para de ahí explorar las deficiencias de los sistemas institucionales nacionales, donde

problemas como la corrupción y la economía informal son considerados como factores decisivos en esta problemática. Así mismo, se examina el enfoque de lucha contra el terrorismo y su influencia en América Latina para la militarización de la lucha contra el narcotráfico. Finalmente se explora el papel que la Declaración de Seguridad de las Américas de la OEA y su concepto de “seguridad humana” hemisférica, y el efecto que la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional, han jugado a la hora de abordar el tratamiento de la inseguridad a nivel regional en Latinoamérica.

Los nexos entre el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional se han puesto de manifiesto en diferentes oportunidades en el ámbito internacional, como puede apreciarse en el informe sobre amenazas, desafíos y cambio emitido por un panel de alto nivel de Naciones Unidas. En dicho informe se hace énfasis en la falta de instrumentos jurídicos nacionales que regulen el blanqueo de capitales (United Nations, 2004, p. 46). Otro documento importante fue el suscrito en Naciones Unidas con motivo del Congreso sobre prevención del delito y justicia penal, celebrado en Bangkok el 18 de abril de 2005. Algunas de las reflexiones que se destacan en este documento son:

- a. Que la interconexión entre el terrorismo y el crimen organizado genera dificultades progresivas para la adecuada sanción de estos delitos por parte de los cuerpos de seguridad y fuerzas policiales nacionales, dado el creciente ámbito transnacional de su realización.
- b. El entorno sociológico en que se desenvuelven estas actividades criminales. Se hace referencia a que el arraigo, refugio y captación de personas para la realización de estas actividades, se sitúa principalmente en situaciones económicas de pobreza y de exclusión social.
- c. La necesidad de utilizar documentación falsa, armamento ligero, y tener como interés común enfrentar por medio de la violencia extrema las medidas de sanción jurídica y de seguridad pública de los Estados.

Aunque se ha destacado la transformación de los “luchadores por la libertad” en “terroristas”, merece destacarse también la transformación de grupos de la delincuencia organizada en terroristas. Las razones para esta metamorfosis pueden tener tres diferentes fines:

1. Fines políticos. La captura de autoridades estatales para la realización de actividades ilícitas, a través de la corrupción o la disuasión, mediante el ejercicio de violencia extrema o masiva.

2. Fines económicos. La obtención de enormes ganancias derivadas de actividades de delincuencia organizada o del narcotráfico.
3. Fines sociales. Mediante la eventual sustitución del Estado en la realización de ciertos servicios públicos, o la utilización de jóvenes excluidos para la realización de actividades ilícitas.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

No es sino a partir de la década pasada que se comienza a poner una mayor atención en el ámbito del derecho internacional, a la estrecha conexión entre el narcotráfico, la delincuencia organizada y el terrorismo. En 1992, el Comité Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) establece la Comisión de Prevención del Delito y la Justicia Penal. Esta comisión es de carácter intergubernamental, integrada por representantes de cuarenta Estados miembros de Naciones Unidas. Entre sus funciones se le encomienda la propuesta de acciones internacionales para combatir la delincuencia, tanto nacional como transnacional, incluyendo el crimen organizado, los delitos económicos y el lavado de dinero. En 1997 se llevó a cabo una reestructuración de la Organización de Naciones Unidas, estableciéndose el Centro Internacional de Prevención del Delito (CIPD), más adelante, en 2002, se establece la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito; así el centro pasa a formar parte de ella como el Programa contra el Delito de dicha oficina (Ubeda-Portugues, 2009, p. 41).

El centro ha tenido como función principal colaborar con los Estados miembros para fortalecer el imperio de la ley en su territorio, lograr sistemas judiciales penales estables y eficaces, combatir la delincuencia organizada transnacional, la corrupción y el tráfico ilícito de seres humanos, así como ejecutar las políticas contra el crimen organizado que emite la comisión. Además, el centro tiene una división de investigación que se denomina “Instituto de Naciones Unidas de Justicia Penal Interregional e Investigación”, con sede en Turín, Italia. A través del instituto, el centro ha desarrollado tres programas mundiales en tres aspectos esenciales que concentran su actividad: el programa mundial contra la corrupción, el programa mundial contra el tráfico de seres humanos y el programa mundial contra la delincuencia organizada transnacional.

Por su parte, la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNDOC) tiene la función de auxiliar a los Estados miembros en su lucha contra la criminalidad transnacional, teniendo como centro de referencia la lucha contra las drogas y la delincuencia organizada. Además de los tres programas que hemos mencionado, se añade la prevención del terrorismo a través de la conformación

de una división para “*la prevención del terrorismo y acciones contra el blanqueo de dinero*”. La Asamblea General de Naciones Unidas ha emitido una resolución a la que se denomina “La Declaración del Milenio”, en cuyo contenido se establecen tres decisiones que es relevante considerar en nuestro estudio:

- a. La adopción de medidas contra el terrorismo internacional.
- b. Redoblar esfuerzos para luchar contra el problema mundial de la droga.
- c. Intensificar la lucha contra la delincuencia organizada transnacional en todas sus dimensiones, incluido el tráfico de personas y el blanqueo de dinero.

En el ámbito específico de la delincuencia organizada, la UNDOC promueve la suscripción de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y realiza actividades para apoyar la lucha contra este flagelo, entre otras: la formación de personal especializado en la lucha contra la criminalidad; recabar información relativa a los grupos criminales activos, su conformación, evolución y los procedimientos, así como en relación con los organismos gubernamentales de cooperación internacional dedicados a la lucha contra la delincuencia organizada transnacional; finalmente, destaca su actividad en la elaboración de estudios sistemáticos sobre la delincuencia organizada transnacional y la cooperación técnica.

Desde otra perspectiva, es importante destacar la lucha de Naciones Unidas en el marco de los congresos de Naciones Unidas sobre la prevención del delito. Pese a que desde 1955 se celebró el primer congreso de Naciones Unidas en Ginebra, la delincuencia organizada transnacional relacionada con el tráfico de drogas y el terrorismo comenzó a ser tratada incipientemente a partir del Congreso de 1975 en la misma ciudad, siendo retomado en el Congreso del Cairo de 1995, haciendo énfasis, en particular, en la lucha contra los delitos económicos como el blanqueo de capitales.

Ya en el siglo XXI, el Congreso de Viena del año 2000 aprobó la *Declaración de Viena*, mediante la cual los Estados se comprometen a reforzar sus esfuerzos en la lucha contra las diversas manifestaciones de la delincuencia organizada transnacional: la lucha contra el terrorismo, el comercio ilícito de armas de fuego y el blanqueo de capitales.

Unos meses después de dicho congreso, fue aprobada el 15 de noviembre de 2000, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, que se analiza a detalle más adelante en este capítulo. Por tanto, sería en el Congreso de Bangkok en 2005, el primero tras los atentados

terroristas del 11 de septiembre y la aprobación de la convención mencionada, en el que la lucha contra el terrorismo, en cuanto expresión paradigmática de la delincuencia organizada transnacional, estaría especialmente tratada.

Así, temas como el tráfico de armas de fuego, la utilización y el tráfico de explosivos, los efectos del cambio tecnológico en la delincuencia organizada y la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), serían objeto de análisis y reflexión en este congreso. Como fruto del mismo se destaca la denominada *Declaración de Bangkok*. En dicha declaración resalta como aspecto innovador el que no solo se apoyan medidas contra la corrupción y respecto a todas las actividades ilícitas relacionadas con el terrorismo, sino también la importancia que tiene la cooperación al desarrollo para el tratamiento adecuado de este flagelo.

Los últimos congresos realizados sobre la prevención del delito y la justicia criminal fueron el Congreso celebrado en Salvador (Brasil), en abril de 2010, dedicado entre otros temas, a la relación entre la juventud y el delito, el tráfico de personas, el lavado de dinero y el cybercrimen, y el Congreso realizado en Doha en 2015, cuya principal aporte es la inclusión de la prevención del delito y la justicia penal en el programa más amplio de Naciones Unidas para abordar los problemas sociales y económicos.

Otra modalidad del trabajo desempeñado por Naciones Unidas en el ámbito de la delincuencia organizada transnacional, lo constituyen las diversas resoluciones emitidas a nivel ministerial. El 27 de julio de 1993, el ECOSOC emitió la Resolución 1993/29 en la que se solicitaba a la Secretaría General, la convocatoria para la realización de una conferencia a nivel ministerial sobre la delincuencia organizada transnacional. La organización de la conferencia fue apoyada por la Secretaría General mediante su Resolución 48/103, de 8 de marzo de 1994, y se realizó en Nápoles (Italia), del 21 al 23 de noviembre de 1994.

Como resultado de esta conferencia, se formuló la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El plan consistía en un conjunto de medidas y recomendaciones de carácter jurídico, político y policíaco, estudios e intercambio de información cuya adopción se promueve en el ámbito internacional, para mejorar la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

La Declaración de Nápoles y el Plan de Acción Mundial fueron aprobados por la AGNU en su Resolución 49/159, del 23 de diciembre de 1994. Es importante destacar que con motivo de la conferencia se realizaron varios talleres regionales alrededor del mundo, que culminaron con la conformación de un comité

especial intergubernamental con la misión de elaborar, de forma conjunta con la Comisión sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, un proyecto de Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional.

2. DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y LAS DEFICIENCIAS DE LOS SISTEMAS INSTITUCIONALES NACIONALES PARA SU ADECUADA PREVENCIÓN Y GESTIÓN

Existen numerosas críticas en la actualidad respecto al enfoque en materia de seguridad que se ha dado a la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada transnacional. Se habla de una “securitización” de temas que no parecen estar vinculados con la seguridad sino con la cooperación al desarrollo, como la pobreza extrema, la exclusión social de amplios sectores de la población, los desastres naturales, los riesgos a la salud y el deterioro del medio ambiente.

Lo cierto es que parece haber un consenso en los últimos años sobre los enfoques de seguridad de la Unión Europea y Estados Unidos por primera vez, en el sentido de identificar la fragilidad estatal en la proliferación de actores ilegales, el narcotráfico y el terrorismo en las sociedades en desarrollo, pese a que sean distintas las soluciones para responder a estos riesgos: en la visión estadounidense el unilateralismo militar, o bien, en la visión europea, el multilateralismo institucional.

De esta forma, la inestabilidad global es vista como violencia y colapso en la periferia mundial, las condiciones de fracaso institucional suponen un estímulo para la llegada de grupos terroristas, narcotraficantes y criminales que exacerban las condiciones de fragilidad institucional a través de la corrupción y el terror. La amenaza a la seguridad se haría consistir en que al aprovechar los circuitos legales de los movimientos financiero, humano y comercial, abiertos por la captura de un Estado débil integrado a la economía mundial, estos grupos pueden contagiar después a los Estados desarrollados (Briscoe, 2007).

Los puntos cuestionables de este enfoque compartido por el mundo occidental serían la supuesta dirección del contagio, ante la demanda de drogas que estimula su producción y tráfico, y la búsqueda de nuevas fuentes de energía o materias primas que provocan subdesarrollo, corrupción e impunidad y que constituyen el motor de las olas migratorias de cientos de miles de personas que no encuentran condiciones de vida dignas en sus países y son objeto de rechazo, xenofobia y discriminación.

A ello se sumaría el floreciente negocio de la liberalización de capitales que genera la proliferación de paraísos fiscales alrededor del mundo. De acuerdo con datos del Fondo Monetario Internacional, hasta 46 paraísos fiscales (FMI, 2006, p. 8), y la creciente preponderancia de los movimientos financieros a través de las modalidades de pago electrónicas que facilitan el lavado de dinero. De acuerdo con datos de la Fuerza de Tarea sobre Acción Financiera, el negocio del lavado de dinero representa entre 500 millones y 1.5 billones de dólares al año (FATF, 2010).

En el caso de los grupos dedicados a la delincuencia organizada transnacional, es posible caracterizar su forma de operar considerando sus relaciones con el tipo de Estado en que desarrollan sus actividades ilícitas, así como su postura frente al terrorismo. De esta forma, los grupos delictivos tradicionales y de mayor antigüedad dependen de las estructuras institucionales y financieras existentes para mover sus productos e invertir sus ganancias. No se relacionan con grupos terroristas, porque sus intereses a largo plazo requieren la preservación de las estructuras del Estado (Heyman & Smart, 1999).

Es a través de la corrupción y el ingreso a la economía lícita que estos grupos minimizan el riesgo de la acción de la justicia o policial. Este tipo de delincuencia es característica de países desarrollados como Japón, Estados Unidos o Italia. En cambio, los nuevos grupos de delincuencia organizada transnacional prosperan en un estado de caos y conflicto constante. Es importante destacar que la delincuencia organizada transnacional no es privativa de un Estado o región, los grupos de delincuencia organizada se han desarrollado en Asia, Europa, Estados Unidos, África y América Latina. Ninguna región del mundo y ningún sistema político han impedido su surgimiento o han tenido éxito en eliminarlos (Shelley, 1995).

Ahora bien, los grupos de delincuencia organizada transnacional que se desenvuelven en México y Centroamérica prosperan en un estado de caos y conflicto constante. Aunque no dominan por completo la economía regional, estos grupos de delincuencia organizada dominan la economía clandestina, que ocupa a grandes cantidades de personas sin posibilidades de ser insertadas en la economía formal, ante la falta de oportunidades de educación, salud y desarrollo. Los grupos de delincuencia organizada transnacional, principalmente los grupos de narcotraficantes y tratantes de personas, forjarían alianzas con terroristas con el fin de aprovechar la ingobernabilidad que suponen los regímenes corruptos y el escaso o nulo control social en esta región.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, Japón o Italia, los grupos de delincuencia organizada en nuestra región no obtienen utilidades de los contratos estatales. Tampoco lavan grandes cantidades de dinero a través de las insti-

tuciones financieras tradicionales o de proyectos inmobiliarios (Naylor, 2002). Su fuente de ingresos principal la obtienen de la economía clandestina, ante la ausencia de un Estado efectivo, y a la presencia de una corrupción endémica.

Estos grupos no tienen interés en estimular las funciones de un Estado que garantice la estabilidad ni la seguridad. De hecho, promueven el miedo, la injusticia y la desigualdad, a través de la prolongación de los conflictos sociales, con lo que obtienen mayores ventajas para la realización de sus actividades ilícitas, esta violencia permite el incremento de sus ganancias. La convergencia de la delincuencia transnacional, el terrorismo y el narcotráfico, constituyen una amenaza para el orden internacional. La naturaleza arraigada de estas estructuras en redes delictivas insertas en las comunidades locales, así como la incapacidad de las corporaciones policiales para controlar sus actividades, la hacen un peligro creciente (Shelley, 2006, p. 17).

Como reconoce la Estrategia de Seguridad Europea del año 2003, “la calidad de la sociedad internacional depende de la calidad de los gobiernos que constituyen sus cimientos”, lo que se traduce en que el fracaso contra la delincuencia organizada transnacional y sus manifestaciones más dañinas, el narcotráfico y el terrorismo, es típico de políticas de seguridad que no consideran las condiciones básicas de la gobernabilidad y la eficacia estatal, como factores primordiales de su tratamiento efectivo.

Los narcotraficantes y terroristas prosperan y se desarrollan en medio de la violencia y el desorden del Estado. Es cierto que los nexos entre la delincuencia transnacional y el terrorismo son más evidentes en el caso del terrorismo islámico. No obstante, el vínculo entre la delincuencia transnacional y el terrorismo no se limita exclusivamente a los grupos yihadistas, sino que también existe en otras regiones, en particular, América Latina, como en Perú con el resurgimiento de Sendero Luminoso, las FARC en Colombia, o bien las acciones terroristas en la India y en Indonesia o los carteles de la droga en Centroamérica y México. Los narcotraficantes y los terroristas como delincuentes transnacionales, a menudo interactúan en estos territorios, donde las organizaciones policiales y de control sobre las fronteras son corruptas y, en algunos casos, cómplices de los grupos delictivos.

Como hemos apuntado, los nuevos grupos de delincuencia organizada transnacional generan sus ganancias a través de la desestabilización del Estado y de sus estructuras (Berdal & Malone, 2000). Por ello, la relación entre la delincuencia transnacional y el terrorismo se extiende más allá de la conveniencia de generar ganancias o apoyar con logística, sino que incide y afecta funciones básicas, como la seguridad del Estado en el que realizan sus actividades ilícitas.

Los nuevos grupos de delincuencia transnacional *con frecuencia operan regionalmente como ocurre en el caso de Centroamérica y México, aprovechan las fronteras permeables, la ineficacia y fragmentación del Estado, la disfuncionalidad de sus instituciones y aquellos territorios que están fuera del control del gobierno central*. En ese sentido, se ha señalado (Naim, 2006, p. 77) que el auge del crimen organizado multifacético, está íntimamente relacionado no solamente a la ineficacia y fragmentación del Estado, sino también a un desprestigio general de las autoridades policíacas creadas después de las guerras civiles de los ochentas, así como a la destrucción progresiva del Estado de Derecho.

De igual forma, estos grupos delincuenciales aprovechan las ventajas que suponen las diferencias entre las normas legales y procedimientos en jurisdicciones locales, cuyos controles legales tienen su fundamento interno en el gobierno central, sin que exista una armonización jurídica internacional suficiente que permita un control más adecuado de las actividades ilícitas transnacionales.

Desde otra perspectiva, el pasado reciente de conflictos y regímenes autoritarios genera problemas de delincuencia cuando países y regiones como México y Centroamérica realizan el tránsito a democracias no consolidadas e incipientes. Al respecto, Benitez Manaut (2009) considera que el crimen organizado está más relacionado con una transición incompleta hacia la democracia, la debilidad del Estado de Derecho y la tardanza en la instrumentación de la reforma del Estado, en el sector de la seguridad.

Otro elemento a considerar son las autoridades que inciden en el funcionamiento de las políticas de seguridad pública. Para algunos autores (Maertens & Andres, 2009) la actuación policial autoritaria genera malos hábitos en los servicios de seguridad, y atrofia el desarrollo de las habilidades necesarias para el trabajo policial en la comunidad. El crimen organizado corroe a las fuerzas policiales mediante la corrupción y la complicidad pasiva y parasitaria. En opinión de Cockayne (2007, p. 5), se ha pasado de una fase “predatoria” o “parasitaria” del crimen organizado, a una “simbiosis” entre la ley y la ilegalidad, mientras que el acceso fácil a las armas y el crecimiento del problema de la drogadicción en países de tránsito de las drogas como México y Centroamérica, genera la intensificación de la violencia en las zonas urbanas. La segregación social y el miedo instintivo generan parálisis en la formulación de una respuesta colectiva y consensuada a la vulnerabilidad institucional; el narcotráfico, el terrorismo y el crimen organizado estimulan una política de mano dura y provocan la creación de “psico-geografías” urbanas y estereotipos sociales, que indudablemente debilitan la confianza en soluciones públicas eficaces (Aguilera, 2008).

Resulta claro que en la lucha contra el tráfico de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo, la cooperación internacional debe tener un enfoque

multisectorial que implique la lucha coordinada, sistemática y conjunta de estos flagelos. *En el caso del terrorismo y el narcotráfico, el enfoque debe ser integrado* y tomar en consideración las mejores experiencias internacionales. Por una parte, elementos de la estrategia europea contra productores y criminales, por ejemplo mediante la implementación de medidas de desarrollo alternativo de carácter social y económico, el fortalecimiento judicial, la lucha contra el lavado de dinero y el tráfico de armas. Por otra, desde la perspectiva estadounidense, la extradición de delincuentes de alta peligrosidad social, la formación y la capacitación policial, el trabajo comunitario, así como el apoyo tecnológico de sistemas de información y comunicación para labores de inteligencia y vigilancia.

Los aspectos más críticos tienen que ver con el uso de las fuerzas militares en labores de seguridad, y que pueden tener su origen en varios factores: la tendencia histórica de intervención política de las fuerzas armadas durante la vigencia de regímenes autoritarios o en el contexto de conflictos armados o inestabilidad social; la crisis de los sistemas de seguridad pública ante la proliferación del narcotráfico y la delincuencia organizada transnacional; así como la justificación del uso de las fuerzas armadas en la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, que pasan a ser consideradas amenazas o riesgos en contra de la gobernabilidad y la calidad de las sociedades, por la destrucción progresiva del Estado de Derecho que generan.

Con base en lo expuesto, podemos identificar un conjunto de deficiencias presentes en sistemas institucionales, que optan por la alternativa castrense en labores propias de seguridad pública:

- Las fuerzas armadas no están diseñadas para realizar labores de seguridad y no tienen ni la formación ni el entrenamiento para enfrentar al crimen organizado transnacional.
- El fenómeno del narcotráfico y el terrorismo es transnacional. Sin embargo, los esfuerzos para su tratamiento y prevención se realizan en escenarios nacionales con una cooperación internacional limitada e insuficiente.
- Los cuerpos policiales ordinarios no tienen unidades especiales para enfrentarse con el crimen organizado, ni armamento adecuado ni entrenamiento especializado.
- Los servicios de inteligencia no están capacitados para tratar el carácter multidimensional del narcotráfico y el terrorismo como fenómenos del crimen organizado transnacional.

- Los sistemas judiciales, en particular el sistema judicial penal, carecen de herramientas e instrumentos para llevar a cabo una investigación criminal científica y eficiente en la prevención y procuración de justicia sobre estos delitos.
- Los sistemas de información fiscal no están enfocados a la prevención y el tratamiento de actividades ilícitas como el blanqueo de capitales derivado del narcotráfico y el terrorismo, como delincuencia organizada transnacional.
- La corrupción del aparato institucional no solo llega a los funcionarios policiales y judiciales, sino también a las fuerzas armadas y a los funcionarios políticos de los ámbitos municipal, estatal y federal.

3. LA INFLUENCIA DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN LA MILITARIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO

Hay varios lugares comunes a la hora de buscar una respuesta a la militarización creciente de la seguridad en América Latina. En principio, fue una respuesta contra conflictos internos, pero se ha ido transformando ante la amenaza que representa el narcotráfico y la carencia de políticas de seguridad pública, que aunada a la incapacidad de las instituciones en cumplir la ley para responder al crimen organizado y a la inseguridad, ha generado que los gobiernos utilicen a las fuerzas armadas para la solución de los problemas de seguridad internos.

Una causa externa la constituye la política antinarcóticos de Estados Unidos, que ha promovido la participación militar en las misiones de lucha contra el narcotráfico. La llamada *guerra contra las drogas* se ha basado en el fortalecimiento de las fuerzas armadas en América Latina, cuyo objetivo es participar directamente en misiones antinarcóticos (Wola, 1991). Existe cierto consenso en que la presión de Estados Unidos es el principal factor externo que ha influido en la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interior (Youngers & Roisin, 2005).

Otro factor que contribuye a esta militarización es de orden económico. Los graves problemas de pobreza y desigualdad no han sido resueltos por el consenso de Washington, más bien han exacerbado las tasas de criminalidad. En México, el proceso de militarización en materia de seguridad pública es una política *ad hoc* de respuesta por parte de la elite política mexicana, ante la escalada de la delincuencia organizada, particularmente, en el caso del narcotráfico (Arzt, 2003).

La política de Estados Unidos en este ámbito ha favorecido esta tendencia a través de la provisión de entrenamiento, material y equipo para el ejército mexicano. La militarización es vista como una solución temporal a los graves problemas de corrupción y de incapacidad de las agencias para hacer cumplir la ley.

La militarización en México tiene una vertiente orgánica y otra funcional. En el primer caso, a través de la designación de militares en activo o retirados para puestos de carácter civil en el ámbito de la seguridad pública. En el segundo, se trata de la expansión de la misión del rol antinarcóticos de las fuerzas armadas, hacia responsabilidades sobre el cumplimiento de la ley. Esta última ha sido la vertiente más criticada, por cuanto la militarización de la seguridad pública supone un incremento importante de violaciones contra los derechos humanos (Bergman, 2009).

Es importante destacar que el fenómeno de la militarización no es exclusivo de México ni empezó en este país, existen experiencias de militarización previa en varios países de Sudamérica, como es el caso de Bolivia (Ledebur, 1991) con la llamada “iniciativa andina”; en Brasil, las policías encargadas de patrullar las calles se denominan policías militares y son fuerzas de seguridad militarizadas en cuanto a sus prácticas, estructuras y mecanismos de control (Amar, 2003).

Además, la legislación permite a las fuerzas armadas asumir funciones policiales en acciones “de carácter preventivo y represivo”, necesarias para asegurar el resultado de las operaciones en la garantía de la ley y el orden, principalmente relacionadas con la lucha contra el narcotráfico¹. Otro país que caracteriza un modelo policial es Venezuela, cuya Constitución de 1999 crea un nuevo modelo de seguridad y defensa nacional. Para San Juan, “la característica fundamental de este nuevo modelo de seguridad en Venezuela es su carácter maximalista y totalizante, abarcando temas fundamentales del desarrollo y concibiendo una defensa integral de la nación, como categoría superior a la estatal, buscando superar el aspecto exclusivamente militar incluyendo factores económicos, sociales, políticos y ambientales”.

Finalmente, es en Argentina donde cada vez se plantea con más fuerza la participación de las fuerzas armadas como una posibilidad para resolver el alto grado de conflicto social existente en el país, como consecuencia del fracaso de las políticas neoliberales². Existen voces críticas (Record, 2004) señalando que a raíz de la importancia de la “guerra contra el terrorismo” en la política exterior de Estados Unidos, el Pentágono y su comando Sur ven los problemas de la región como potenciales amenazas terroristas, y que esta situación puede exacerbar

1 Ley Complementaria número 117, de 2 de septiembre de 2004.

2 Periódico *La Nación* “Nacionalizar la inseguridad”, 11 de septiembre de 2004.

la tendencia regional hacia la militarización y sus consecuentes impactos sobre los derechos humanos y la delincuencia.

Esta situación generaría una superposición de las agendas de seguridad vinculadas con el terrorismo con las agendas locales (Tickner, 2003). Se señalan como ejemplos, los casos de Colombia, que reduce el conflicto armado con la guerrilla a un problema de terrorismo (Wola, 2004), o el caso de Chile, en el que el gobierno ha apelado al fenómeno del terrorismo en un conflicto social sobre tierras entre empresarios y el pueblo indígena Mapuche, para dar un tratamiento judicial al conflicto como si se tratara de actos contra el terrorismo (Human Rights Watch, 2004).

La idea general es, de acuerdo con *Human Rights Watch*, que la guerra contra el terrorismo se ha convertido en una excusa para algunos gobiernos que quieren desviar la atención de su tratamiento con mano dura a los disidentes internos. Hoy día, gobiernos de todo el mundo están intentando usar medidas antiterroristas o de seguridad nacional para evitar el escrutinio internacional de prácticas dudosas en materia de derechos humanos.

Parte de la problemática se explicaría en la definición amplia del fenómeno terrorista, en la que se diluyen las líneas divisorias entre las actividades que corresponden a la defensa y a la seguridad. Problemas como el narcotráfico, el terrorismo o el crimen organizado transnacional se ubicarían precisamente en la línea divisoria entre las actividades policiales de cumplimiento de la ley y las operaciones militares, por lo que las fuerzas armadas podrían tener un rol que cumplir para solucionarlos.

El antecedente más común que se cita es el caso colombiano. En un principio, la iniciativa dirigida a este país estaba destinada al entrenamiento y capacitación de las fuerzas policíacas que tenían la misión de la lucha contra el narcotráfico (Ramírez Lemus *et al*, 2005). No obstante, a partir del establecimiento del Plan Colombia, las fuerzas armadas colombianas comenzaron a tener un rol protagónico en la política antinarcóticos. Este giro también fue impulsado a partir del 11-S, cuando el Congreso de Estados Unidos expandió las atribuciones del Departamento de Estado y del Pentágono para usar dicha asistencia militar y económica con fines contrainsurgentes (Hirst, 2003).

A ello se sumó el propio gobierno colombiano de Álvaro Uribe, cuando al llegar a la presidencia en 2002, estableció la política de Seguridad Democrática y comenzó a aplicar la categoría de terrorismo para referirse al problema colombiano, negando la existencia de un conflicto armado (International Crisis Group, 2003).

Sin perjuicio de aceptar que hay una clara influencia de la lucha contra el terrorismo en la militarización de la lucha contra el narcotráfico, en nuestra opinión, esta influencia y el problema que genera no tiene su base en una definición amplia de terrorismo sino en las medidas e instrumentos que se utilizan para su prevención y erradicación, así como la forma en que se usan, es decir, el qué y el cómo de las políticas de seguridad utilizadas para hacer frente al narcotráfico, al terrorismo y a la delincuencia organizada transnacional.

No es a nuestro juicio, la definición amplia del terrorismo el problema, precisamente porque tratar de distinguir a la delincuencia organizada transnacional del terrorismo es lo que provoca un tratamiento limitado y parcial de dicho fenómeno. Tampoco la militarización debe constituir un problema de fondo, porque ante la captura de las agencias policiales estatales y municipales por la delincuencia organizada y su corrupción endémica, se hizo necesario acudir a las fuerzas armadas como último instrumento para garantizar la seguridad del Estado. Es importante precisar también que la alianza entre narcotraficantes y terroristas en los últimos años está centrada en la financiación de sus actividades y en eliminar los obstáculos para su realización, a través de la corrupción principalmente de cuerpos policíacos y autoridades municipales y estatales.

Aquí habría que matizar que esta solución en cualquier caso debe considerarse temporal hasta que se establezca la adecuada colaboración, cooperación y coordinación entre las diferentes corporaciones policiales, y se reestructuren los cuerpos policíacos buscando su formación y profesionalización. Estas últimas cuestiones son las que no han sido respetadas con la militarización que, lejos de ser temporal, adquiere visos de permanencia ante la falta de una estrategia, a mediano y largo plazo, para dotar a las fuerzas policiales de los instrumentos y herramientas materiales y de inteligencia para la mejor realización de sus labores.

4. LA DECLARACIÓN DE SEGURIDAD DE LAS AMÉRICAS Y EL NUEVO CONCEPTO DE SEGURIDAD HEMISFÉRICA DE LA OEA

En octubre de 2003, la Organización de Estados Americanos aprobó una Declaración sobre Seguridad en las Américas, en la que adoptó un nuevo concepto de seguridad regional. La declaración reconoce que los desafíos a la seguridad en el hemisferio son de naturaleza diversa y alcance multidimensional, por lo que los enfoques de seguridad deben ampliarse para incluir aspectos políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales. En ella se establecen como amenazas, preocupaciones o desafíos a la seguridad, no sólo al terrorismo, la delincuencia organizada transnacional, las drogas, el lavado de dinero o el tráfico ilícito de armas y sus interconexiones, sino también la pobreza extrema y

la exclusión social en amplios sectores de la población, los desastres naturales, enfermedades como el VIH/SIDA, el deterioro del medio ambiente y los ataques a la seguridad cibernética.

No obstante, la declaración incurre a nuestro juicio en el mismo error que el enfoque tradicional en el ámbito de la seguridad pública, al reconocer la soberanía de los Estados para identificar sus prioridades respecto a la seguridad y la flexibilidad en la elección de los mecanismos para confrontar las amenazas. La declaración establece como valores compartidos que deben orientar los mecanismos para confrontar estas amenazas, a la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el multilateralismo.

Al respecto, es importante destacar que a pesar del “enfoque multidimensional” y la “arquitectura flexible”, que se pretenden como características del nuevo sistema, a la multidimensionalidad en el tratamiento de las nuevas amenazas no se corresponde un igual tratamiento multifacético de ellas, centrándose sólo en las medidas policiales y militares; y que la arquitectura flexible respecto a la diversidad de mecanismos no implica el establecimiento de instituciones comunes transnacionales, con atribuciones suficientes para la adopción de las medidas apropiadas a los nuevos retos de carácter social y ambiental que abarca la seguridad, sólo se limita a las medidas de rango nacional.

Por ello, se ha considerado que la ampliación del concepto de seguridad incluyendo una lista de nuevas amenazas y preocupaciones, es el resultado de la falta de acuerdo en crear una agenda común para la seguridad de la región. Si bien es cierto se reconoce la necesidad de actualizar el sistema vigente desde la Guerra Fría y que ya no responde a las necesidades y a la realidad de la región (Restrepo, 2004), se razona que la implementación del nuevo concepto multidimensional de seguridad aumenta la militarización como respuesta para confrontarlos.

La declaración crea las condiciones para la securitización de los problemas de índole político, económico, social o ambiental, que para algunos no debieran formar parte de una agenda de seguridad hemisférica. De acuerdo con Hirst (2003), la agenda preliminar de la Conferencia de Seguridad pone en evidencia la tendencia hacia la securitización de la agenda política de la región.

Otro problema que se considera asociado a este enfoque consiste en que la declaración parece erosionar las diferencias entre los conceptos de defensa y de seguridad pública. La defensa ha tenido como objetivo tradicional en la región proteger la integridad del Estado, aunque enfocada en las amenazas que emanan del exterior y, en circunstancias excepcionales definidas por la ley, de graves hechos internos que amenacen la estabilidad del Estado. En el caso de

la seguridad, su objetivo sería la conservación del orden público y la promoción del cumplimiento de la ley mediante el uso de las fuerzas policiales.

No obstante, el problema ha sido asociar los problemas del desarrollo con amenazas a la seguridad y el uso de las fuerzas armadas como respuesta a estos problemas. Esta situación se reflejaría en la VI Conferencia de Ministros de Defensa de las Américas y en su resultado, la Declaración de Quito, en la que los conceptos de seguridad y defensa no parecen distinguirse entre sí y tampoco se distinguen las funciones que deben cumplir las fuerzas de seguridad y las fuerzas armadas.

Ahora bien, no debe perderse de vista que la declaración incorpora como concepto clave la seguridad humana, al reafirmar que el fundamento y razón de la seguridad es la protección de la persona humana³. En ese sentido, el nuevo concepto de seguridad no es, a nuestro juicio, el que determina el tratamiento de seguridad a los problemas sociales sino la carencia de instrumentos y mecanismos que aborden las nuevas amenazas y desafíos también de forma multidimensional.

En otras palabras, el diagnóstico de la realidad actual de la región y sus necesidades es certero, mas no así las medidas y enfoques amplios que son necesarios para su tratamiento eficiente. Las estrategias militares deben, por tanto, verse como medidas de carácter temporal y complementario de medidas sectoriales en los ámbitos social, económico, educativo y cultural, en tanto se recupera la seguridad y la estabilidad del Estado, y no como alternativas de solución que sustituyan a estas últimas.

El problema es la relatividad de la multidimensionalidad de enfoques, que a la concepción amplia del concepto de seguridad *no trae aparejada a su vez la concepción de medidas multisectoriales para brindar una respuesta adecuada al nuevo fenómeno*. Se enfatiza el terrorismo porque en la región latinoamericana es visto como un fin y no como un medio para la realización de actividades ilícitas más lucrativas, como el narcotráfico, el contrabando de armas, el tráfico de personas o el lavado de dinero, todas ellas actividades del crimen organizado más dañinas para la estabilidad de las sociedades en desarrollo.

Por otra parte, respecto a la disolución de las líneas divisorias entre defensa y seguridad pública, debe señalarse que la misma declaración en su párrafo 13, establece *la idea de una concepción cooperativa de la seguridad y de la defensa*, es decir, reconoce su carácter multidimensional, involucra a actores estatales y

3 Sección II, Párrafo segundo, inciso e). Al respecto se argumenta que los mecanismos de la Declaración son de defensa (fomento de la confianza mutua y transparencia; política de defensa; cooperación militar; capacitación militar etc.)

no estatales, e incluye componentes políticos, económicos, sociales y naturales. Nos parece que más que una disolución, lo que es claro es que cada vez es más evidente una interrelación entre la seguridad y la defensa que hace indispensable medidas de coordinación y cooperación eficaces, que incluyan también componentes políticos, económicos, sociales y naturales que han estado ausentes del tratamiento a la delincuencia organizada en un entorno internacional. Un esfuerzo importante en este sentido es la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional que analizamos a continuación.

5. LA CONVENCIÓN DE PALERMO CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

La Convención es producto de la Asamblea General de Naciones Unidas A/55/25, aprobada en sesión plenaria el 15 de noviembre del año 2000, y abierta a la firma en la Conferencia de Palermo (Italia), celebrada en diciembre de ese mismo año. La finalidad de la Convención es promover la cooperación y constituirse en marco básico en el ámbito del derecho internacional, para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

La Convención establece diversas definiciones que son importantes a la hora de analizar el crimen organizado. Entre ellas destaca la definición de “grupo delictivo organizado”, que se establece en su artículo 2 como “un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante un cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Esta definición ofrece cuatro criterios para abordar el concepto de delincuencia organizada transnacional:

1. Un criterio numérico, precisando un número igual a tres o más personas para pertenecer a un grupo delictivo organizado.
2. Un criterio de concertación de las actividades delictivas para la comisión de uno o más delitos tipificados en la Convención.
3. Un criterio de identificación de las conductas delictivas que engloba dos tipos delictivos: aquellos considerados en la Convención como graves, en los que la aplicación de la pena sea de al menos cuatro años o con una sanción mayor. Así como delitos que en la Convención se incluyen de forma expresa como el blanqueo de dinero, producto del delito establecido en el artículo 6, la sanción de la corrupción como delito, prevista en el artículo 8, y la penalización por la obstrucción de la justicia, establecida en el artículo 23.

Respecto al tercer criterio, este espectro de conductas delictivas tendría como objetivo sancionar el eje en el que se asienta la acción de la delincuencia organizada: la violencia, la corrupción y la obstrucción de la justicia. Se han destacado cinco niveles de relación entre la corrupción y la delincuencia organizada transnacional: un primer nivel es *el soborno esporádico* para la realización de un acto ilegal o la omisión de un acto legal, un segundo nivel es la *incorporación del funcionario a "la nómina"* del grupo delictivo, un tercer y cuarto nivel es la *infiltración en rangos bajos y altos del Estado* respectivamente, y en el último nivel está la *infiltración política*. Cada uno de estos niveles debe ser combatido con medidas y estrategias específicas. Adicionalmente, la convención pretende disminuir el atractivo de la actividad delictiva penalizando las actividades que pretenden legalizar los productos económicos del delito.

4. El criterio lucrativo o material en las actividades de los grupos de la delincuencia organizada transnacional, que implica la obtención de beneficios económicos o materiales por la realización de actividades ilícitas.

A estos cuatro criterios se añadiría el carácter transnacional del ilícito, que no sólo implica la comisión del mismo en más de un Estado, sino que atiende también a aquellos cometidos en un solo Estado y que presenten, de acuerdo con el artículo 5, las siguientes características:

- a. La comisión del delito sea en un solo Estado pero alguno de los elementos del proceso delictivo: la preparación, la planificación, la dirección o el control del mismo, se realice en otro Estado.
- b. La comisión del delito sea en un solo Estado pero implica la participación de un grupo delictivo organizado que efectúa actos y actividades delictivas en más de un Estado.
- c. La comisión del delito es en un solo Estado pero tiene efectos relevantes en otro Estado.

Al comparar la definición de la Convención con la establecida en el ámbito europeo tenemos que, en la Unión Europea, la acción común sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea (CE 98/733/JAL), define a una organización delictiva como:

Una asociación estructurada de más de dos personas cuya conducta durante un cierto periodo de tiempo, actué de forma concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad de al menos 4 años como mínimo o con una pena más rigurosa con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios

patrimoniales, y, en su caso, influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

Es importante destacar que la acción común incluye expresamente al narcotráfico y al terrorismo como delitos e inclusive, en su Anexo, se incluye una lista adicional de delitos entre los que están la falsificación de documentos y tráfico de documentos falsificados, el contrabando ilícito de armas, municiones y explosivos, así como el secuestro, la extorsión, el homicidio voluntario, entre otros. Es importante destacar el amplio abanico de conductas que regula esta acción común, en la que se reconoce la estrecha vinculación del terrorismo y el narcotráfico con la delincuencia organizada transnacional.

En el ámbito regional, el Consejo de Europa en 2001 también ha emitido un concepto sobre la delincuencia organizada de acuerdo con la recomendación 11 del Comité de Ministros, sobre principios directrices contra el crimen organizado, que reúne los caracteres establecidos por la Convención de Palermo: la colaboración de tres o más personas, la prolongación en el tiempo de las actividades delictivas, la comisión de delitos graves y la obtención de un beneficio lucrativo.

En el caso de México, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece como tipificación de la delincuencia organizada transnacional el que dos o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, permanente o reiteradamente, conductas que por sí mismas o unidas a otras tengan como fin o resultado la comisión de delitos específicos como terrorismo, narcotráfico, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y piratería de obras protegidas por la Ley Federal de Derechos de Autor. Al igual que ocurre con las definiciones de las organizaciones internacionales, en la definición mexicana se incluye una mayor cantidad de conductas delictivas a las que se les da el tratamiento de delincuencia organizada de carácter transnacional.

La Convención delega en los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por la participación en delitos graves de un grupo delictivo organizado (artículo 10). Sin embargo, *la Convención establece diversas reglas procesales y lineamientos con el fin de armonizar el derecho interno con lo establecido en ella.* Algunas de estas disposiciones pueden resultar polémicas, como la establecida en el artículo 11, que busca dotar a las autoridades de cualesquiera facultades legales discrecionales para enjuiciar a las personas y lograr el cumplimiento eficaz de la ley. Dicha disposición exige una preparación y capacitación de las autoridades para discernir su aplicación, que en muchas ocasiones no tienen, lo que provoca abusos de autoridad o una incorrecta aplicación de la ley.

Otra disposición consiste en la posibilidad de conceder la libertad provisional, conforme con el derecho de defensa, siempre que se garantice que el acusado comparezca ante la autoridad cuando se le requiera; reglas relativas a la autorización del decomiso, estableciéndose la carga de la prueba al delincuente para que demuestre el origen lícito de los bienes o productos que tenga al momento de su detención.

También se instauran reglas respecto a la cooperación judicial para la disposición de los bienes o productos decomisados (artículos 13 y 14); reglas de coordinación y cooperación para el establecimiento de la jurisdicción y para la investigación de delitos de carácter transnacional (artículo 15); los casos y requisitos para la procedencia de la extradición (artículo 16); la asistencia judicial recíproca en el caso de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, como es el caso del desahogo de pruebas, recibir declaraciones o testimonios o entregar documentación, respetando su carácter confidencial (artículo 18).

Por otra parte, se conviene la posibilidad de crear órganos mixtos de investigación para la realización de investigaciones conjuntas, cuando los procesos o actuaciones deban realizarse en más de un Estado (artículo 19). Para tal efecto, los Estados parte podrán remitirse actuaciones penales con el objetivo de concentrar las actuaciones del proceso (artículo 21). La Convención también contempla la posibilidad de considerar los antecedentes penales, o las declaraciones de culpabilidad realizadas en otro Estado (artículo 22). Igualmente pone énfasis en la protección de los testigos y de sus familias (artículo 24), y en la asistencia y protección de las víctimas de los delitos, con el objeto de que obtengan indemnización o restitución por los daños sufridos. Igualmente, promueve la delación de quienes participan o hayan participado en grupos delictivos organizados con el fin de obtener información y facilitar las labores de identificación y ubicación de las organizaciones delictivas (artículo 26).

Es importante mencionar que esta parte de la Convención no es auto-aplicativa, requiere que los órganos competentes de los Estados expidan la normatividad penal que tenga en cuenta las pautas que marca la Convención.

En el ámbito de la cooperación internacional, la Convención no requiere desarrollos normativos adicionales y puede basarse directamente en su contenido. En ella se hace una amplia cobertura de temas que no habían recibido una atención multilateral consistente. Se establece la colaboración para facilitar el intercambio de información y el apoyo entre Estados parte para realizar indagaciones, intercambiar personal, celebrar acuerdos y hacer frente a los delitos cometidos a través de medios tecnológicos (artículo 27); la colaboración con científicos y académicos para analizar las tendencias de la delincuencia organizada (artículo

28); la formulación de programas de capacitación para el personal y autoridades involucradas en la procuración de justicia (artículo 29); así como la promoción de la cooperación de los Estados parte para fortalecer sus capacidades en la prevención y lucha contra la delincuencia organizada transnacional (artículo 30).

En este artículo se reconoce la necesidad de promover el desarrollo económico como condición previa para la implementación de la Convención al establecerse el desarrollo económico y la asistencia técnica como otras medidas de aplicación que tienen como fin apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para combatir con eficacia la delincuencia organizada transnacional.

Otros aspectos interesantes de la Convención son: el establecimiento y promoción de prácticas y políticas óptimas, como la prevención de la utilización indebida de personas jurídicas a través del establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas (artículo 31).

Es relevante que las controversias que puedan derivar de la interpretación o aplicación de la Convención deberán resolverse a través de la negociación, en su caso, someterse al arbitraje, o bien, a la Corte Internacional de Justicia. La Convención se complementa con tres protocolos adicionales que regulan delitos específicos considerados como delincuencia organizada:

1. El Protocolo contra la trata de personas, cuyos objetivos son prevenir y combatir este flagelo, proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, y promover la cooperación entre los Estados parte.
2. El Protocolo contra el tráfico ilegal de personas, que tiene como fines prevenir y combatir el movimiento ilícito de migrantes y promover la cooperación internacional entre los Estados parte, al mismo tiempo que busca proteger los derechos de las personas víctimas de este ilícito.
3. El Protocolo sobre tráfico de armas de fuego, cuyo propósito es promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados parte con el objeto de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego. Aquí con una ausencia notable, dada la permisividad de Estados Unidos respecto al control de las armas convencionales.

La Convención promueve el desarrollo de nuevas técnicas de investigación como “las entregas vigiladas”, “las operaciones encubiertas” y “la vigilancia electrónica” (artículo 20). En el ámbito de la procuración de justicia, destaca la penalización de la obstrucción a la justicia (artículo 23), que es definida bajo dos supuestos:

- a. El uso de la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso, en relación con la comisión de un delito previsto por la Convención, y
- b. El uso de la fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley, en relación con la comisión de delitos previstos en la Convención.

CONCLUSIONES

En la actualidad, es posible observar cambios en la naturaleza y las manifestaciones de la violencia que responden a las dinámicas de la globalización, la transnacionalización y la privatización, que no sólo afectan al ámbito interno de los Estados, sino al sistema penal internacional en su conjunto. La violencia del terrorismo y el narcotráfico está ligada a actividades transnacionales ilícitas, como la producción y tráfico de drogas, armas, personas o capitales. Las organizaciones criminales que realizan estas actividades buscan debilitar y desmantelar al Estado para asegurar el control en el ejercicio de éstas actividades, mediante el uso de una estrategia de violencia extrema.

Del mismo modo, hay cambios en la naturaleza de los actores y en los conflictos que generan esta violencia organizada no estatal. Se trata de conflictos asimétricos en los que los actores armados no son estatales, la violencia se privatiza; estos tienen un alcance transnacional en el que se incluyen: tanto compañías privadas de seguridad que operan como contratistas de los Estados, como también organizaciones paramilitares que son contratadas para realizar actos terroristas por grupos delincuenciales del crimen organizado.

Por ejemplo, se ha demostrado que el número de muertes y de daños materiales en Irak y Afganistán ha sido mayor después de derrotar a los talibanes y al régimen de Saddam Hussein, infringido por organizaciones armadas no estatales, durante el propio conflicto armado con motivo de la invasión a dichos países. Este sería también el caso de las organizaciones criminales de narcotraficantes, que contratan a policías municipales en activo y ex-militares (Munkler, 2005).

Un elemento esencial que contribuye a estos cambios es la reestructuración de la industria militar y el creciente comercio de armas. El proceso de privatización de la industria militar tiene efectos importantes en la estructura de la seguridad, especialmente en lo referido al acceso de grupos de delincuen-

cia organizada transnacional a las armas ligeras con las que se libran hoy los conflictos de carácter no estatal y asimétricos, más mortíferos incluso, que los propios conflictos armados.

Si bien es clara la influencia de la lucha contra el terrorismo en la militarización del combate al narcotráfico, en nuestra opinión, esta influencia y el problema que genera no tiene su base en una definición amplia de terrorismo. A nuestro juicio, tratar de distinguir a la delincuencia organizada transnacional del terrorismo es lo que provoca un tratamiento limitado y parcial de este último flagelo, ante la falta de instrumentos y de medidas de coordinación y cooperación apropiadas para su prevención y erradicación, así como la forma en que se usan las existentes, es decir, el qué y el cómo de las políticas de seguridad utilizadas actualmente, enfocadas a un ámbito nacional y por tanto limitado.

En ese sentido, la seguridad hoy se caracteriza por ser multidimensional. Buzan (1991) identifica cinco dimensiones de la seguridad: militar, política, económica, social y medioambiental, que deben ser entendidas como una red de interdependencias para conformar el carácter global de la seguridad.

A ellas se añade un concepto de seguridad humana, vinculado con la concepción de desarrollo humano y que es impulsado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (Sen & Ogata, 2003). Esta concepción se coloca frente a las concepciones convencionales centradas en la seguridad de los Estados y tiene por objeto evitar los flagelos del hambre, la enfermedad y la violencia que se sufre allí donde no es posible garantizar el derecho a la vida (Mack, 2005).

La seguridad por tanto, se ve afectada por actores y procesos que se desarrollan en las estructuras de la producción y las finanzas. De ahí que, para dar una respuesta integral a los retos que plantea la inseguridad actual sea indispensable adoptar un enfoque multidimensional, que busque dar respuesta a cada una de las dimensiones que integra el concepto de seguridad, ante la complejidad y los retos que supone tratar de dar respuesta a cada una de ellas desde el enfoque de seguridad unidimensional del Estado.

Se hace indispensable por tanto, una cooperación internacional que supere las políticas de seguridad nacionales y brinde una respuesta más amplia, también con un enfoque transnacional en la misma medida del reto que pretende afrontar. La articulación de una política de seguridad integral exige de forma creciente medidas de tipo político, económico, cultural, social y medioambiental, lo que Buzan refiere como seguridad interdependiente, y que requiere en muchos casos el diálogo, la cooperación interregional e internacional y el establecimiento de medidas comunes para su tratamiento efectivo.

Pese a que la Convención de Palermo contiene reglas para establecer la coordinación y el intercambio de información, así como para fortalecer capacidades en la prevención y lucha contra la delincuencia organizada, en la práctica la cooperación y el intercambio de información ha sido insuficiente por la desconfianza a compartir conocimientos y habilidades de prevención en el ámbito de la seguridad pública. El terrorismo y el narcotráfico, como principales amenazas de la seguridad multidimensional, interdependiente y transnacional, requieren ser abordados no de forma aislada sino como partes integrantes de la delincuencia organizada transnacional, de ahí que en nuestra opinión, la Convención debe ser complementada con protocolos adicionales en los ámbitos del terrorismo, el narcotráfico y el blanqueo de capitales, lo que implica también un enfoque multidimensional, interdependiente y transnacional, ya no sólo desde la perspectiva del enfoque internacional tradicional de relaciones bilaterales o multilaterales de cooperación entre Estados sino considerando la participación y cooperación de otros sujetos no estatales, como las organizaciones no gubernamentales (ONGS) y las organizaciones de la sociedad civil (OSC), así como organizaciones de expertos en la búsqueda de conocimientos e información más amplios para la solución apropiada de estos retos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, G. (2008) “Enfrentar la violencia criminal con mano dura: Políticas de contención en América Central”, en *Pensamiento Propio*, número 2, segunda época.
- Amar, P. E. (2003) “Reform in Rio. Reconsidering the Myths of Crime and Violence”, en *NACLA*, Septiembre-octubre.
- Arzt, S. (2003) “La militarización de la Procuraduría General de la Republica. Riesgos para la Democracia mexicana”. Documento elaborado para el proyecto de reforma a la Administración de Justicia en México, Centro de Estudios Estados Unidos-México, San Diego, 15 de mayo de 2003.
- Benitez Manaut, R (2009). “La nueva seguridad regional: Amenazas irregulares, crimen organizado y narcotráfico en México y América Central”, en *FRIDE*, marzo.
- Berdal, M. y Malone, D. M. (2000) *Greed & Grievance: Economic Agendas in Civil Wars*, Boulder and Lynne Rienner Publishers.
- Bergman, M. (2009) “Impunidad Policial”, en *Diario Reforma*, 2 de febrero de 2009, suplemento Ciudad.
- Briscoe, I. (2007) “Crimen y Drogas en los Estados frágiles”, en *FRIDE*. Comentario.
- Buscaglia, E. (2014) *Vacíos de Poder en México Como combatir la delincuencia organizada*, México, Debate.
- Buzan, B (1991) *People, States and Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*. New York, Harvester Wheatsheaf.
- Cassese, A. (2003) “Trans-national State supported or State-sponsored terrorism”, in *International Criminal Law*, Oxford University Press.
- Cockayne, J. (2007) “Transnational Organized Crime: Multilateral Responses to a Rising Threat” IPA Working Paper.
- FMI (2006) *Offshore Financial Centers. The Assessment Program- A progress Report*.

- FATF (2010) *Money Laundering using new payment methods*, Paris, FATF-OECD.
- Heyman, J. y Smart, A. (1999) "States and Illegal practices. An Overview", in *States and illegal practices*, Oxford y New York, p. 1-24.
- Hirst, M. (2003) "Seguridad regional en las Américas" en *La seguridad regional en las Américas*, Bogotá, Wolf Grabendors.
- Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (2004) "Indebido Proceso: Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuche en el Sur de Chile", New York, octubre.
- Informe sobre la VI Conferencia de Ministros de Defensa celebrada en San Francisco de Quito, Ecuador. Washington y Buenos Aires. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y WOLA.
- International Crisis Group (2003) "Colombia: La política de seguridad del Presidente Uribe", en *Informe sobre América Latina* No. 6, Bogotá/Bruselas.
- Ledebur, K. (1991) "Bolivia Clear consequences", in *Clear and present Dangers: The U.S. Military and the War on Drugs in the Andes*, WOLA
- Mack, A. (2005) "El concepto de seguridad humana", en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, pp. 11-31.
- Maertens, F., Philip De Andres, A. (2009) "David contra Goliat: ¿Pueden México, Centroamérica y el Caribe combatir con eficacia el narcotráfico, la delincuencia organizada y el terrorismo?", en *FRIDE*, comentarios, febrero de 2009.
- Munkler, H. (2005) *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*. Madrid, Siglo XXI.
- Naciones Unidas. (2005) "Cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo y las vinculaciones entre el terrorismo y otras actividades delictivas en el contexto de la labor de la Oficina de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal". A/CONF.203/5.
- Naim, M. (2006) *Illicit. How Smugglers, Traffickers, and Copycats are Hijacking the Global Economy*, Nueva York, Anchors Books.
- Naylor, R. T. (2002) *Wages of Crime: Black Markets. Illegal finance and the underworld economy*, Ithaca, New York, Cornell University Press.

- Ramírez Lemus, Stanton y Walsh (2005) “Colombia: Un círculo vicioso de drogas y guerra”, en *Drogas y Democracia en América Latina, el impacto de la política de Estados Unidos*, WOLA.
- Record, J. (2003) *Bounding the Global War on Terrorism*. Carlisle Pennsylvania, Strategic Studies Institute, US Army War College.
- Restrepo, F. C. A. (2004) “La nueva Seguridad Hemisférica”, en *Fundación Seguridad y Democracia*, Colombia.
- San Juan, A. M. “La agenda de Seguridad de Venezuela ¿Ruptura o continuidad de paradigma? Un análisis preliminar”. WOLA.
- Sen, A. K., & Ogata, S. (2003) *Human Security Now*, New York, Naciones Unidas.
- Sexta Conferencia de los Ministros de Defensa de las Américas. *Declaración de Quito*. Noviembre 2004. Disponible en: http://www.summit-americas.org/panels/vi.../declaracion_quito_esp.pdf.
- Shelley, L. I. (1995) “Transnational Organized Crime: An Imminent Threat to the Nation- State?” en *Journal of International Affairs*, 48, No. 2, winter, pp. 463-489
- Shelley, L. (2003) “Human Trafficking: Transnational Crime and Links with Terrorism”, en *Expert Testimony (hearing) before the U.S. Committee on International Relations*. Subcommittee on International Terrorism, Nonproliferation and Human Rights.
- Shelley, L. (2006) “La Trinidad no santa: Delincuencia transnacional, corrupción y terrorismo”, en *CENIPEC*, núm. 25, enero-diciembre.
- Tickner, A. (2003) “Conclusiones del Seminario Agenda de Seguridad Andino-Brasileña”, Brasil, Friedrich Ebert Stiftung. 15 y 16 de mayo.
- Ubeda-Portugues, J. A. (2009) *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas, lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*, Madrid, Visión Libros.
- United Nations. (2004) *A more secure world. Our shared responsibility. Report of the High-level Panel on Threats. Challenges and Change*. A/59/565.

Youngers, C. A. and Roisin, E. (Eds.) (2005) *Drogas y Democracia en América Latina: El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Biblos.

WOLA (1991) *Clear and present Dangers: The U.S Military and the War on Drugs in the Andes*. Washington, D.C.

WOLA (2004) “Diluyendo las Divisiones: Tendencias de los programas militares de EE.UU. para América Latina”, Washington, D.C., Latín América Working Group Education Fund, Center for International Policy y la Oficina de Washington para América Latina.

EL PECULADO POR COMISIÓN POR OMISIÓN EN COLOMBIA*

THE PECULADO BY COMMISSION FOR OMISSION IN COLOMBIA

*Jorge Arturo Abello Gual***

Fecha de recepción: 18 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 11 de febrero de 2017

RESUMEN

En este artículo se hace un análisis jurídico y dogmático de las posibilidades jurídicas y fácticas de admitir la configuración de un peculado por comisión por omisión, partiendo del artículo 25 del Código Penal colombiano.

Palabras claves: Peculado, comisión por omisión, posición de garante, corrupción.

ABSTRACT

In this paper, I make a legal and dogmatic analysis of the legal and factual support configuration of a commission embezzlement by default, based on the Article 25 of the Colombian Penal Code.

Key words: Embezzlement, by omission, the guarantor, corruption.

* Este artículo hace parte de un proyecto de investigación financiado por el Politécnico Gran Colombiano, Institución Universitaria.

** Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte; Magister en Derecho Penal de la Universidad de los Andes. Profesor Universidad del Rosario georabello@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

En este aparte se ha elaborado un acercamiento conceptual sobre la existencia de la conducta punible del “peculado por comisión por omisión”, partiendo de las previsiones normativas del Código Penal colombiano, y de los presupuestos jurídicos para su posible configuración.

Para comenzar, la Ley 599 de 2000 no establece expresamente la conducta de peculado por comisión por omisión. Sí se prevé varias modalidades de peculado, entre ellas, el peculado por apropiación, el peculado por destinación oficial diferente, el peculado por uso y el peculado culposo, por lo cual se puede afirmar que no existe expresamente un peculado doloso por comisión por omisión tipificado en la legislación penal colombiana; más sin embargo, de conformidad con el contenido del artículo 25 del Código Penal colombiano, se podría plantear la posibilidad de que un servidor público realice un peculado doloso o culposo, por comisión por omisión.

La existencia de un peculado por comisión por omisión, no es un asunto sencillo, por lo que pueden existir principios y garantías penales realmente comprometidas, en caso de ser admitida su aplicación, pues sin un cuidado debido se puede incurrir en casos de responsabilidad objetiva. Pero sin duda la política criminal, la dogmática y la jurisprudencia, han venido avanzando en el tema, por la necesidad manifiesta de proteger el bien jurídico de la administración pública y el patrimonio del Estado.

Desde el punto de vista criminológico, no son escasos los hechos en los que un funcionario público omite dolosamente realizar sus funciones de vigilancia y control, o deje de realizar actos tendientes a evitar la apropiación de recursos públicos por parte de otros funcionarios o por parte de particulares, que a través de trámites administrativos y judiciales, obtienen el reconocimiento de un derecho mediante actos fraudulentos, que previamente son conocidos por el funcionario; e incluso, pueden darse casos en los que se cuenta con el concierto previo del funcionario para defraudar las arcas del Estado. Así entonces, nos podemos encontrar con varias situaciones que ameritan una reacción penal en contra de funcionarios, que “no haciendo nada” ayudan a que otros se apropien de dineros públicos.

La primera situación, es cuando un funcionario omite sus funciones de control y vigilancia que le han sido asignadas por la ley, en el acto de nombramiento o manual donde se establecen sus funciones. Estas funciones pueden consistir en la revisión de un acto administrativo, la inspección de una obra, cerciorarse que otras instancias de control hayan aprobado la legalidad y la viabilidad del acto,

o que la documentación necesaria para transferir fondos públicos se encuentre acorde con las especificaciones requeridas para determinado acto o contrato. En muchas ocasiones, estas omisiones pueden ser culposas, pero en otras existe un concierto previo o inclusive un pago, para que el funcionario no haga nada.

Un segundo evento se presenta en la delegación de funciones. Un funcionario público le delega a un subalterno la ejecución de un acto propio de sus funciones, y logra detectar que en las actuaciones que cumple su delegado, existe uno o varios actos que implican la apropiación ilegal a favor de un tercero, y a pesar de ello, no hace nada para evitar que el acto nazca a la vida jurídica, como por ejemplo, buscar la nulidad del acto ilegal a través de otras actuaciones tendientes a evitar que se produzca un detrimento patrimonial para el Estado.

Un tercer caso se presenta, cuando se hace necesaria la participación de un cuerpo colectivo para aprobar un acto de disposición de un recurso público. En estos eventos, los integrantes del cuerpo colectivo omiten realizar los controles, o sencillamente no participan en la votación para tomar la decisión, o no asisten o se niegan a votar, pero no hacen nada posterior para evitar que el acto ilegal se ejecute y provoque el detrimento patrimonial, lo que revela una colaboración o asentimiento a la realización del delito.

Y por último, existiría un cuarto escenario que sería el de los organismos autónomos de control, como es el caso de la Procuraduría y la Contraloría, o de los órganos de control específicos en cada sector, como es el caso de las superintendencias, en donde, con ocasión o cumplimiento de sus funciones, evidencian un acto anómalo, y a pesar de ello, no hacen nada para evitarlo.

Estos son cuatro ejemplos en los que se puede advertir un acto de corrupción a través de una omisión dolosa o culposa, que ameritaría una respuesta penal para prevenirlos y sancionarlos. Por regla general, la mayor parte de actividades gubernativas que implican una disposición de recursos públicos, requieren de la participación de varias personas, y por esa razón, se plantea que cuando se presenta un acto de corrupción, donde se configura un peculado, algún control definitivamente falló en todo el proceso, y por ello en el desarrollo de una investigación penal se pondrán encontrar diferentes tipos de conductas que ameritarían una sanción penal, unas por acción, otras por omisión, unas dolosas y otras culposas.

Sin embargo, las particularidades del delito de peculado, como ya las vamos a ver a continuación, no permiten en todos los casos en que se presenten omisiones, la configuración de la modalidad de comisión por omisión.

1. LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS POR COMISIÓN POR OMISIÓN EN ESPAÑA

Para comenzar el análisis dogmático sobre la posibilidad de plantear un peculado por comisión por omisión en Colombia, me permitiré tomar un ejemplo en el derecho español para luego retomar la discusión en el ámbito nacional. En España, se ha creado la modalidad de malversación de caudales públicos por comisión por omisión, para dar mayor seguridad jurídica y evitar una posible trasgresión al principio de legalidad. En el artículo 432 del Código Penal español, se tipificó la malversación por comisión por omisión de la siguiente forma:

Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

Con el texto legal antes citado, en España se cumple con el principio de legalidad, al describir expresamente la conducta de malversación, en su modalidad de comisión por omisión. Sobre este artículo comenta el profesor Muñoz Conde, lo siguiente:

El artículo 432,¹ castiga también a la autoridad o funcionario público que consintiere que un tercero, con igual ánimo (es decir, ánimo de lucro), sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones (es decir, las funciones de la autoridad o funcionario). Se trata de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario. Esencial es, por lo tanto, la infracción de ese deber, independientemente de que dicha infracción se lleve a cabo por acciones positivas (entregando por ejemplo la llave de la caja al extraño) u omisivas. La infracción del deber ha de ser dolosa, por cuanto el consentimiento es un consentimiento a la sustracción (...) equiparar expresamente estas conductas, porque de dejarlas sometidas a las reglas generales de la participación pudiera ocurrir que el funcionario saliera absurdamente privilegiado, respondiendo solo como partícipe en el hurto o apropiación indebida cometidos por el particular, o incluso quedara impune, en caso de no ser delictiva la sustracción llevada a cabo por el particular, por tener este, por ejemplo, un crédito pendiente con la Administración.¹

1 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal parte especial*. Edición 18, Editorial Tirant lo Blanch. 2010. Pág. 1035.

Sobre el mismo artículo de la legislación penal española, también explica el profesor Roca que se trata de una modalidad compleja, que vincula tanto comportamientos activos como pasivos —de no hacer—:

Lo relevante en estos supuestos, pero también en los de actos positivos de colaboración del funcionario, es pura y simplemente la omisión del deber de custodia o procura que da origen a un delito de comisión por omisión. Al funcionario se le castiga no por lo que hizo, sino por lo que ha dejado de hacer: impedir la sustracción de los caudales. Con lo cual es perfectamente posible que el cómplice de delito ajeno sea a la vez autor por omisión de un delito propio. De esta manera se desemboca en una fundamentación unitaria de la responsabilidad de todos los supuestos subsumibles bajo la expresión legal “consentir” la sustracción, tanto de los positivos o activos, como de los negativos o pasivos.²

Es decir, se trata de un tipo penal abierto, que se configura con la realización de cualquier acto con el que se infrinja el deber de custodia que se tiene sobre los caudales públicos, y sobre los cuales también, tiene una posición de garante. De esta manera, queda entonces configurado un delito con el cual se castiga a un cómplice de malversación por acción, como autor del delito de malversación por omisión, como bien lo han señalado los profesores Muñoz Conde y Roca, en las citas antes transcritas.

Por otro lado, también se ha planteado en España sobre otro tipo penal, muy similar al peculado por destinación oficial diferente —tipificado en el Código Penal colombiano en el artículo 399—, la posibilidad de configurarlo en la modalidad de comisión por omisión, es decir, ya no como un delito de omisión propia, sino como un delito de comisión por omisión, como lo explica el profesor Roca:

A nuestro juicio y siguiendo ésta perspectiva material será posible calificar el supuesto del artículo 433 (consentir que otro destine caudales públicos a usos ajenos a la función pública) como un supuesto de comisión por omisión. Y ello porque el funcionario se encuentra en una posición de garante, dado que está encargado de la custodia de los caudales, esto es, se halla bajo una específica función de protección del bien jurídico (bien jurídico que nosotros hemos concebido —recordemos una vez más— desde una doble vertiente: el patrimonio público y la correcta gestión del mismo o de bienes equiparados a él). Dicho bien jurídico se encuentra bajo una relación absoluta de dependencia respecto del funcionario competente, pues de él depende que el patrimonio público y su gestión o administración de una forma imparcial y objetiva se mantengan indemnes. Además, tal función de protección del

2 Roca Agapito, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999, pág. 182.

bien jurídico ha sido asumida voluntariamente por él, al haber ocupado su puesto de funcionario, impidiendo así que la administración adopte otras medidas para preservar incólume su integridad.

En conclusión, a nuestro modesto modo de ver, parece acertada la interpretación que admite la comisión por omisión en el artículo 433 CP, porque el funcionario que tiene a su cargo por razón de sus funciones unos caudales públicos que se encuentran, respecto de su correcta administración, en una posición de garante.³

De esta manera, queda planteada tanto en la legislación como en la doctrina española, la posibilidad de la configuración de un delito de defraudación de caudales públicos, a través de la omisión impropia y la comisión por omisión, en la cual un funcionario público que teniendo la posición de garante sobre un bien del Estado, permitiera que otro los destinara para fines diferentes a los establecidos por la ley, infringiendo su deber de custodia.

2. PROPUESTAS DE UN PECULADO POR COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Saliéndonos un poco de la discusión española sobre el delito de malversación de caudales públicos, cabe preguntarse si en el caso colombiano las funciones de administración, tenencia o custodia de que habla el artículo 397 del Código Penal colombiano, incluyen a su vez, la modalidad de comisión por omisión, regulada en el artículo 25 del mismo estatuto. Sobre este punto, hay varias referencias en la jurisprudencia y en la doctrina colombiana, sobre la posibilidad de un peculado por comisión por omisión.

Por ejemplo, el profesor Jaime Lombana Villalba afirma que el peculado admite tanto la comisión activa como la omisiva⁴, pero no explica cómo se puede presentar un peculado por comisión por omisión, de conformidad con el marco jurídico colombiano.

El profesor Saúl Uribe, plantea la posibilidad de que se pueda presentar un peculado por comisión por omisión de la siguiente manera:

En los delitos contra la Administración Pública tiene aplicación el artículo 25 del Código Penal, de manera concreta, según lo prescrito por los incisos 1 y 2, ya que los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 25, únicamente tienen apli-

3 Op. Cit. Pág. 255.

4 Lombana Villalba, Jaime. "Peculado" (pp. 237-262), en *Manual de derecho penal parte especial*. Coordinador Carlos Castro Cuenca. Temis y Universidad del Rosario. Bogotá. 2011. Pág. 249.

cación cuando se trata de conductas que atente contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

La función pública es reglada, y como tal las funciones de los servidores públicos lo son también, por lo que se espera que los servidores públicos cumplan con los deberes que la Constitución y la ley les impone. Si contrario sensu, el servidor público defrauda las expectativas que su rol le impone, bien por infringir la Constitución y la ley, ora por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, deviene como consecuencia obligada la responsabilidad del servidor público, desde diferentes ópticas, una de ellas, la penal.

Ya, si de los deberes jurídicos impuestos y exigibles al servidor público se desprende la posibilidad de impedir un resultado, su omisión en impedirlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

En los delitos contra la Administración Pública, con respecto al servidor público, se pueden determinar, con facilidad, tres cosas: los deberes jurídicamente exigibles; la posición de garante que en algunos eventos ocupa, y con ello, la obligación de impedir resultados típicos.⁵

Según el profesor Uribe, la posición de garante implica la obligación de impedir un resultado⁶, y la posición de garante, en los delitos contra la administración pública, se adquiere de dos formas:

El primero, cuando la Constitución, la ley, decreto o reglamento impone obligaciones al jefe de cada entidad o dependencia estatal, acerca de la forma como debe dirigir la actividad administrativa, y de manera especial, el control que debe ejercer en torno a la actividad que desarrollan los subalternos. El segundo, con los fenómenos administrativos de la descentralización, desconcentración y delegación.⁷

De acuerdo con el profesor citado, es posible un peculado por comisión por omisión, cuando la Constitución, la ley, un decreto o un reglamento, impone la función de protección de los recursos públicos a un servidor público, o cuando en virtud de las competencias derivadas de los fenómenos de la desconcentración, la descentralización o la delegación, también le son asignadas dichas funciones. Así por ejemplo, en el fenómeno de la descentralización administrativa, se establecen las competencias de cada ente territorial (Nación, departamentos y

5 Uribe García, Saúl. Delitos contra la administración pública. Ediciones Unaula. Medellín. 2012, pp. 125-126.

6 Ibidem, pág. 129.

7 Ob. Cit. pp. 129-130.

municipios o distritos), donde cada uno maneja su propio presupuesto y tienen definido sus controles, así como las autoridades que ejecutan el mismo. En la desconcentración administrativa, también se establecen las competencias que pueden ejercer las dependencias ubicadas por fuera de la sede principal, que también tienen un presupuesto que ejecutar, e igualmente poseen asignadas las funciones de control y vigilancia que deben ejercer los jefes regionales y los jefes nacionales, en cada ente desconcentrado. Y por último, el fenómeno de la delegación, en el cual, a pesar de que el delegante se desprende de algunas funciones que le son asignadas, y por tanto, de algunas de las responsabilidades derivadas de las funciones delegadas, sigue manteniendo los deberes de control y vigilancia, de los cuales se pueden derivar ciertas responsabilidades penales, como bien lo expresa la Corte Constitucional:

Lo que la Constitución consagra es la responsabilidad que se deriva del ejercicio del cargo, sea ella por omisión o extralimitación de sus funciones. Entonces, desde la distinción de las formas de actuación de los tres partícipes en la delegación, el principio de responsabilidad indica que cada uno de ellos responde por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás. No puede exigirse, por lo tanto, que la autoridad que autoriza la delegación responda por las actuaciones del delegante o del delegatario. Tampoco que el delegante responda por las decisiones del delegatario, aunque ello tampoco signifique que el delegante no responda por lo que a él, como titular de la competencia delegada, corresponde en relación con la delegación, pues la delegación no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada. Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios.⁸

Lo cierto es que esta posición, aunque plantea las bases legales para la admisión de un peculado por comisión por omisión, aún no profundiza sobre los criterios

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

materiales contenidos en el artículo 25, y los otros desarrollados por la doctrina⁹ para la configuración de un delito impropio de omisión. Si bien el profesor Uribe plantea la fundamentación jurídica que permite constituir la posición de garantía en los funcionarios públicos, de forma general en los delitos contra la administración pública, no lo hace concretamente en el delito de peculado, que además tiene unos elementos típicos que se deben analizar más detalladamente. En su exposición, tampoco desarrolla los elementos materiales que se requieren para la configuración de un peculado por comisión por omisión, pues la posición de garantía es apenas uno de ellos.

Por su parte, los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, consideran que de conformidad con el artículo 25 del Código Penal, la Constitución, la ley y los reglamentos pueden imponer deberes de garante a los funcionarios públicos¹⁰. Adicionalmente, consideran que la función pública y los deberes que deben cumplir los funcionarios públicos, de conformidad con la Constitución, la ley y los reglamentos, también pueden ser redistribuidos a través de los fenómenos de la delegación, desconcentración y la descentralización¹¹. En virtud de estos fenómenos, también aparecen funciones de control y vigilancia del funcionario delegante hacia el delegado, igual que ocurre en las funciones desconcentradas y en las descentralizadas¹². De esta forma, plantean la responsabilidad por comisión por omisión en los delitos contra la administración pública de la siguiente forma:

Así, se tiene que los jefes de la Administración en todas sus dependencias se encuentran en una posición de garante frente a otras personas que ejercen descentralizada, desconcentrada y delegadamente la función administrativa. Tienen que evitar en lo que les sea posible que éstas desvíen la función pública.

Si están enterados y tienen conocimiento de lo que está sucediendo y no actúan pudiendo hacerlo, dentro del propio ámbito de dominio, incurrirán en comisión por omisión a título de dolo tanto en materia penal como disciplinaria.

9 Entre ellos: Velásquez Velásquez. Op. Cit. Pp. 418-433; Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Parte General. Teoría del Delito y de la pena. Volumen 1. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012. Págs. 246-277; Ferre Olive, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; Ramírez Barbosa, Paula Andrea. Derecho Penal colombiano parte general. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. Págs. 265-281; Mir Puig, Santiago. Derecho penal parte general. Octava edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2010. Págs. 305-333; Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal parte general. Quinta edición. Comares. Granada. 2002. Págs. 660-681.

10 Gómez Méndez, Alfonso; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008, pp. 174-175.

11 Ob. Cit. Pág. 175

12 Ob. Cit. Pág. 176.

*Si, por falta de seguimiento y control, no conocen lo que sucede, y sucede, siendo previsible o cognoscible, incurrirán en comisión por omisión a título de culpa sólo en materia disciplinaria, salvo que en lo penal el tipo respectivo contemple el castigo por culpa.*¹³

Esta posición es interesante, pues parte de los deberes de control y vigilancia, propios de figuras como la delegación, la desconcentración y la descentralización, y criterios materiales como el ámbito del dominio, planteando que si el funcionario responsable no hace nada, a pesar de tener el conocimiento y la posibilidad de actuar, incurriría en comisión por omisión dolosa; o si el funcionario, omite el seguimiento y control, incurriría en comisión por omisión culposa. Sin embargo, hay que considerar que estos autores plantean la posibilidad de que se pueda configurar un delito de comisión por omisión en los delitos contra la administración pública, es decir, no tienen en cuenta algunos elementos concretos del delito de peculado, como lo son la apropiación, la relación funcional¹⁴ y la disponibilidad material o jurídica¹⁵, elementos que dificultan en gran medida la configuración de un peculado por comisión por omisión, y al no desarrollar casos concretos, la tesis queda incompleta.

Por otra parte, los autores ya citados exponen expresamente que sí se puede configurar un delito de peculado por comisión por omisión¹⁶, cuando el funcionario ostenta una posición de garante, esto es, que tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante de la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley¹⁷, y que además:

*Se requiere, para la estructuración del tipo objetivo, la presencia de la situación típica —situación que genera la obligación de actuar—, la ausencia de acción ordenada, el resultado típico y la posibilidad rayada en la certeza de que si se hubiere actuado se hubiese evitado el resultado típico (...).*¹⁸

13 Ob. Cit. Pág. 177.

14 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia de 3 de agosto de 1976; Cancino Moreno, Antonio. El peculado. Temis. Bogotá. 1983. Págs. 73-103; Gómez Méndez, Alfonso; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Ob. Cit. Págs. 228-237; Molina Arrubla, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública. Delitos contra la Administración pública. Leyer. Bogotá, 2005, pp. 91-95. Ferreira Delgado, Francisco José. Derecho Penal Especial. Tomo II. Temis. Bogotá. 2006. Págs. 292-299.

15 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 6 de Diciembre de 1982 M.P. Luis E. Aldana; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Sentencia del 23 de Septiembre de 2003; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 8 de Septiembre de 1981, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero.

16 Ob. Cit. Pág. 283.

17 Ob. Cit. Pág. 283.

18 Ob. Cit. Pág. 284.

De esta forma, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, describen los presupuestos materiales para que se configure la comisión por omisión, pero siguen sin desarrollarse en el delito de peculado, que, como ya lo dijimos, contiene unos elementos particulares que impiden hacer generalidades.

Por último, estos autores plantean la posibilidad de realizar delitos contra la administración pública en forma general, por comisión por omisión, utilizando un argumento de analogía basado en dos sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que se condenan a dos funcionarios por el delito de celebración indebida de contratos, por no cumplir el régimen legal de la contratación¹⁹:

(...) Es el gobernador del departamento el garante del cumplimiento íntegro del ordenamiento jurídico en los actos de la administración seccional; de modo que tiene la obligación de responder por los asuntos de su competencia con apego absoluto a la Constitución y a la ley, especialmente en relación con aquellos que giran en torno a la custodia y destinación de los recursos que le pertenecen.

No trata del cumplimiento de cualquier papel dentro de la Administración, sino del rol de garante de primera orden en el desarrollo de las tareas de la administración seccional, pues al fin y al cabo es su representante legal y el ordenador del gasto.

El papel que tiene que cumplir presupone en el gobernador la existencia de conocimientos y capacidades especiales para el cabal ejercicio de las funciones que le fueron confiadas por voto popular, y por ende está en la obligación de adaptar su comportamiento a los dictados de la Constitución y la ley, sin defraudar las expectativas depositadas en él por los asociados, pues de lo contrario, de pasar de ser el garante del respeto y efectividad de los principios y deberes que rigen su función, incursiona en el campo del derecho penal al comportar su conducta riesgos jurídicamente desaprobados que desbordan el ámbito de lo permitido y se traducen en resultados relevantes.²⁰

La otra decisión, establece lo siguiente:

No desconoce la Sala que la administración pública es por esencia compleja y que requiere de la intervención de funcionarios de distintos niveles con competencias específicas, pero así mismo comprende que no por ello es posible desprenderse de ciertas responsabilidades, pues si así fuera quien

19 Ob. Cit. Págs. 181-182.

20 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 2002, rad. 17392 M.P., Fernando Arboleda Ripoll.

es el supremo director de la administración siempre encontraría en ello una buena excusa para evadir los deberes que la Constitución y la ley le imponen.

Precisamente por lo anterior, la Corte ha considerado que cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público (en este caso el Gobernador) y no ha sido expresamente delegada en otro, sino qué, como en este caso, solo ha delegado en funcionario de menor rango (la junta de licitaciones) el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia.²¹

Obsérvese cómo estas decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia solo tratan el tema de la responsabilidad de dos gobernadores, que al firmar un contrato, no cumplieron con su deber de verificar la legalidad del trámite, función que habían delegado en un subordinado; y por ello, se habla en principio, de que sus conductas infringen el deber objetivo de cuidado, partiendo de la base de que el Gobernador tiene una posición de garante “por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia”²². Cabe agregar, que si los gobernadores firman un contrato sin el pleno de los requisitos legales, no incurrir en comisión por omisión, sino en una acción que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, y que sería la base de la imputación jurídica del resultado tanto en un delito doloso o culposo, según sea el caso. Solo podrían incurrir en una comisión por omisión los gobernadores, si además de delegar la función de realizar los trámites previos a la contratación, también delegan la función de celebrar y ejecutar el contrato en un subalterno, quien en efecto realizó todos los actos necesarios para consumar un delito, actos sobre los cuales, el Gobernador, teniendo posición de garante sobre todos los procesos de contratación, debió evitar si tenía la posibilidad de hacerlo.

A pesar de que en estas decisiones se toca el tema de una comisión por omisión, cuando un funcionario no realiza los controles respectivos a la actividad de un subordinado o de un delegado, que termina realizando un delito contra la

21 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 13 de Octubre de 2004. M.P. Mauro Solarte Portilla. Radicación 18911.

22 Ibid.

contratación pública, aún no se tocan los elementos distintivos del peculado, y por ello, el análisis sobre la posibilidad de configurar el delito de peculado por comisión por omisión, queda incompleto.

Otro ejemplo, en donde se expuso la posibilidad de un peculado por comisión por omisión, fue en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 25 de abril de 2002 dijo lo siguiente:

Basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique.

(...)

El servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetivo del tipo, no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás).²³

También lo afirmó en la Sentencia del 27 de julio de 2006, radicación 25536:

(...) En principio las posiciones de garante se refieren a los bienes jurídicos consignados en el párrafo del artículo 25 del Código Penal, empero, por la fórmula utilizada respecto de posiciones de garante fundadas en la protección en concreto de un bien jurídico o de la vigilancia de una fuente de riesgo de conformidad con la Carta Política o la ley, puede extenderse a otros, incluido el de la administración pública.²⁴

En esta sentencia, podemos encontrar una posición jurisprudencial en la que la Corte acoge la teoría de los delitos de infracción al deber, construida por Roxin, para fundamentar la autoría del funcionario y descartar la participación, en un caso de apropiación de recursos públicos. De acuerdo con la teoría de los delitos de infracción al deber, un funcionario público sólo puede ser considerado como autor del delito de peculado, ya sea porque realizó una acción que infringe el deber de administración, tenencia o custodia, o en su defecto, no realizó los actos tendientes a que no se produjera el resultado que tenía el deber de

23 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala penal. Sentencia del 25 de Abril de 2002. Rad. 12191, M.P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar.

24 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 27 de Julio de 2006. Rad. 25536. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

evitar, en este caso la apropiación²⁵. Según la teoría de la autoría en los delitos de infracción al deber, toda persona que tenga un deber especial derivado de normas extrapenales sobre el bien jurídico tutelado, y lo infrinja, responderá como autor. También es necesario anotar que para la configuración de una coautoría —en esta teoría— no basta el acuerdo común, división de trabajo y la entidad del aporte, sino que además, es necesario que todos los participantes tengan un deber especial respecto del bien jurídico tutelado que hayan infringido. Igualmente, como lo sostiene Roxin²⁶, en los delitos de infracción al deber es indiferente que el autor realice la conducta a través de una acción o a través de una omisión, pues como se dijo anteriormente, “la relación entre el menoscabo del bien jurídico y el sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber”²⁷.

Esta teoría de Roxin de los delitos de infracción al deber ha sido objeto de varias críticas, e incluso Schünemann confirma su abandono en Alemania²⁸. Entre las críticas que se le hacen a esta teoría, se encuentra que al fundamentar la responsabilidad del autor en el incumplimiento de deberes extrapenales, hace al derecho penal dependiente de normas extrapenales, y con ello, se pierde el poder del derecho penal de configuración de los hechos delictivos²⁹, máxime si se entiende que las normas extrapenales pueden tener contradicciones, incluso sancionar hechos que el derecho penal no sancionaría, o dejar impunes hechos que sí tendrían relevancia para este último. Otra crítica que se le hace a esta teoría, es que parece olvidar que la tipicidad se configura, no con la infracción de deberes extrapenales, que pueden ser sí un indicio de la tipicidad, sino por la imputación objetiva y subjetiva de un hecho típico, es decir, la persona debe haber cometido la conducta descrita en un tipo penal, y no una simple relación causal iniciada por la infracción de un deber³⁰.

Lo cierto es que, para los partidarios de las teorías del dominio objetivo y positivo del hecho³¹, la teoría de los delitos de infracción al deber de Roxin genera una forma diferente de imputación en la autoría que no es necesaria, y además, plantean estos que no se debe prescindir, ni siquiera en los delitos especiales, del criterio material del dominio del hecho para diferenciar entre autores y

25 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal*. 7 Edición. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2007. Pág. 500.

26 Roxin, Claus. *Op cit*. Pág. 500.

27 *Ibid*. Pág. 501.

28 Schünemann, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal*. Grupo editorial Ibáñez. Santo Tomás. Bogotá 2007. Pág. 206.

29 Fernández Bautista, Silvia. *El administrador de hecho y de derecho*. Tirant lo Blanch. Monografías 519. Valencia. 2007. Págs. 178-179. También Schünemann, Bernd. *Ob. Cit*. Pág. 206.

30 *Ob. cit*. Pág. 185.

31 Díaz y García Conlledo, *La autoría en el derecho penal*. PPU. 1991. Pág. 627; Roso Cañadillas, Raquel. *Autoría y participación imprudente*. Estudios de derecho penal. Editorial comares. Granada. 2002. Pág. 538.

participes; por ejemplo, en Colombia, el profesor Suárez, partidario del dominio objetivo y positivo del hecho, sostiene lo siguiente:

*No es suficiente la infracción de un deber jurídico-público o jurídico-privado para que el especialmente obligado sea autor de infracción de deber, sino que se exige que domine la creación, el no control o el aumento del riesgo objetiva y subjetivamente imputable; en otras palabras, que la infracción del deber especial se integre al dominio del hecho.*³²

En el tema de la comisión por omisión, una de las teorías que combina las posiciones de garante con el dominio del hecho, es la del dominio sobre la evitabilidad del resultado, desarrollada por el profesor Schünemann³³, quién considera que el derecho penal puede establecer los criterios necesarios para configurar la responsabilidad por comisión por omisión, sin necesidad de depender de normas extrapenales como lo plantea Roxin, y con criterios más concretos, que el criterio de la competencia o los roles que plantea Jakobs³⁴. Schünemann expone, que para que un individuo sea responsable penalmente por una comisión por omisión, debió haber asumido la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo, y a su vez, debió tener el dominio sobre la evitabilidad del resultado típico. En otras palabras, una persona será autor de una conducta por comisión por omisión, si dentro de su ámbito de dominio, pudo prever la producción un resultado lesivo, y aun así, dejó que el curso causal continuara, produciéndose en últimas el resultado típico, como ocurre en el caso del dueño de un perro quién, viendo que el animal va a atacar a otra persona, no hace nada, pudiendo hacer algo para evitarlo³⁵.

Desde esta postura, queda claro que la concepción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al acoger la tesis de los delitos de infracción al deber en la sentencia citada, optó por una posición que no contiene los criterios materiales que limitan la configuración de la comisión por omisión, contenidos en el artículo 25 del Código Penal, pues como se dijo, la mera infracción al deber es un indicio de la tipicidad, pero se requiere de más elementos para configurar la responsabilidad penal en un peculado por comisión por omisión, de conformidad con la legislación penal vigente.

En efecto, la teoría de los delitos de infracción al deber no sería aplicable en Colombia, porque para los delitos especiales por acción, como el delito de peculado, no se requiere de la mera infracción de un deber jurídico especial,

32 Suárez Sánchez, Alberto. Autoría. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

33 Schunemann, Bernd. Ob. Cit. Págs. 195-231.

34 Jakobs, Gunther. Imputación objetiva en el derecho penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998, pp. 73-101.

35 Ob. Cit. Págs. 213-214.

sino que a su vez, como lo exige el artículo 29 del C.P., que realice la conducta “por sí mismo”, esto es, en el delito de peculado, que se apropie del bien (verbo rector), entendido esto, que el autor tenga el pleno dominio del hecho principal y prohibido; o que en su defecto, la conducta la realice junto con otros, mediando acuerdo común, y actuando con división de trabajo, de tal forma que sin su aporte, no se pueda ejecutar la conducta o la conducta se transforme en otra, por tanto, debe tener el dominio funcional del hecho, que se tendrá de acuerdo con “la importancia del aporte.” Por tanto, en Colombia, se acoge para los delitos de acción una concepción dual, donde se mezclan las valoraciones normativas y las ónticas, afines con las concepciones del dominio del hecho y del dominio funcional del hecho.

Y en los delitos especiales, realizados por comisión por omisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del C.P., también se adopta una concepción dual. En principio, en la comisión por omisión, se requiere que se configure sobre el agente una posición de garante, ya sea para la protección efectiva de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo, de acuerdo con la Constitución o la ley. Y si bien se exige expresamente el incumplimiento del deber jurídico de realizar una actuación, también se exige que esa acción pudiese evitar, o mejor dicho, hubiese impedido con certeza el resultado perteneciente a una descripción típica; y para completar, la norma además ordena que el agente tenga la posibilidad de evitarlo, por tanto, no solo se requiere que se infrinja un deber, sino que se requiere la dominabilidad sobre la evitación del hecho, en términos de Schönemann³⁶; o como lo explica de otra forma, el profesor Velásquez:

Lo definitivo, pues, es que se tenga la posición de garante en la actuación de salvamento ordenada en el caso concreto (capacidad de acción) y que ella, con seguridad de manera concluyente y definitiva, habría impedido la realización del resultado (compromiso de poner en marcha la capacidad de acción).³⁷

Con ello, el profesor Velásquez también comparte que, incluso en la comisión por omisión, por la existencia de un resultado, no solo se tiene que infringir un deber jurídico, sino que además se requiere que la acción desobedecida sea la que impida el resultado, y por ello concluye con certeza que: “(...) esa acción debe también ser determinada, esto es, aquella que con certeza, con seguridad, de manera definitiva y sin la necesidad de realizar posteriores acciones intermedias, evite la realización del resultado típico”³⁸.

36 Ob. Cit. Págs. 195-231.

37 Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal parte general*. Quinta edición. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2013. Pág. 427.

38 Ibid. Págs. 427-428.

Como lo que ocurre es que en la comisión por omisión no existe causalidad, por existir ausencia de acción, a lo que se acude es a un concepto de causalidad hipotética, para poder equiparar los efectos de una acción a los de una omisión, como lo explica el profesor Velásquez:

(...) Se afirma que la omisión es causa del resultado, si puesta mentalmente en su lugar, la acción esperada, que no es realizada por el omitente, el resultado desaparece con certeza, con seguridad; hay, pues, causalidad hipotética si la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado de manera cierta e indiscutible.³⁹

De esta forma, se debe concluir que para configurar la autoría en el derecho penal colombiano, en los delitos realizados por comisión por omisión, no basta solo con la infracción de deberes especiales, sino que se requiere de un dominio sobre la evitabilidad del resultado, donde la conducta omitida por el agente hubiera evitado con certeza el mismo.

3. PROPUESTA SOBRE UN PECULADO POR COMISIÓN POR OMISIÓN FRENTE A LA LEY PENAL

Para comenzar con este análisis, partimos de la base legal del peculado (Art. 397 C.P.)⁴⁰, y de la base de la omisión que es el artículo 25 del Código Penal⁴¹.

39 Ob. Cit. Pág. 430.

40 Artículo 397. Peculado por apropiación. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

41 Artículo 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

De conformidad con el artículo 25 del Código Penal, las conductas punibles pueden realizarse tanto por acción como por omisión, y en esta frase no se limita la modalidad de omisión a determinado grupo de conductas punibles, por lo cual, es susceptible que el peculado pueda ser realizado por comisión por omisión.

Continúa la norma citada diciendo: “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal.” Lo anterior sugiere un deber jurídico de impedir el resultado, esto es lo que se denomina una posición de garante, donde se establece un deber jurídico de protección, una relación jurídica especial entre el agente y el bien jurídico, que lo obliga a actuar para que no se presente un resultado descrito en una norma penal. En este orden de ideas, si pasamos lo antes dicho al delito de peculado, encontramos que entre el funcionario público y el bien del Estado que se encuentra a su cargo, debe existir una relación jurídica que genera un deber de protección, que lo convertiría en un garante de ese bien, en el entendido que deberá actuar para evitar que otro se apropie de dicho bien en perjuicio de la administración pública. Incluso, ese deber se encuentra descrito en el tipo penal del peculado, cuando se menciona que el bien del Estado sobre el cual recae la conducta de apropiación, debe estar bajo “administración, tenencia o custodia” del servidor público.

En la misma línea de pensamiento prosigue el artículo 25, que menciona: “A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”. Aquí se refuerza el deber funcional establecido en la Constitución o en la ley, del sujeto que omite su deber de protección y custodia del bien del Estado en el delito de peculado. Obsérvese cómo, el deber de administrar y de custodiar, que tiene el servidor público sobre los bienes que son objeto del delito de peculado, implican no solo que el mismo servidor se apropie, sino como lo dice el texto legal, que la apropiación sea de provecho de un tercero, y ello establece una obligación del funcionario no solo en relación a sus actuaciones, sino de las posibles actuaciones de terceros.

La acción de apropiar implica disponer de un bien como si fuera suyo, o realizar actos de señor y dueño sobre un bien que se encuentra bajo un encargo de

3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

administración con limitaciones⁴²; pero también, se entiende como el acto de incorporar al patrimonio propio o de un tercero, el bien, extrayéndolo del patrimonio del sujeto pasivo⁴³. Cuando el funcionario se excede de las limitaciones que se encuentran en su mandato de administración o encargo fiduciario, es cuando se configura el acto de apropiación, y se hace la claridad, porque los funcionarios tienen la capacidad para transferir la propiedad de los recursos públicos a otras personas lícitamente, y ello no configura el delito de peculado, pero si lo transfieren de forma ilegal o lo incorporan a su patrimonio, por fuera de sus competencias, ahí sí nos encontramos ante un delito de peculado.

Pero para efectos de la modalidad de comisión por omisión, administrar, también implica custodiar, y en este sentido, si un funcionario público no realiza los actos necesarios, teniendo la posibilidad de hacerlo, para evitar que el bien se pierda o que terceros se lo apropien, también sería responsable, por fallar a su deber de administrar correcta y lícitamente los bienes. En otras palabras, y de conformidad con la regulación penal sobre la omisión (Art. 25 C.P.), comete inicialmente un delito de peculado culposo, el administrador de un banco estatal que permite que los dineros de ese banco se trasladen físicamente de un lugar a otro, en carros particulares desprovistos de la seguridad requerida, situación que es aprovechada por unos maleantes que los hurtan sin complicaciones.

Los casos de peculados dolosos por comisión por omisión sin acuerdo previo son un poco difíciles de encontrar, pero en definitiva, se pueden presentar casos de autoría accesoria donde exista un autor accesorio que aporta al hecho de un tercero, sin acuerdo previo, con una omisión, como puede ocurrir en el caso de un empleado público inconforme con la institución para la cual trabaja, y que en o con ocasión de sus funciones, se da cuenta que un grupo de empleados de la misma institución van a apropiarse de varios bienes clandestinamente, y sencillamente no hace nada, con el solo propósito de que la institución pública se perjudique.

Pero los delitos por comisión por omisión que más se presentan en el campo de la administración pública, son en los que media un acuerdo previo, ya sea para omitir intencionalmente los deberes de protección o custodia que tengan

42 “Por ‘apropiar’ se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma administración.” Arboleda Vallejo, Mario; Ruiz Salazar, José Armando. *Manual de derecho penal partes general y especial*. décima edición. Editorial Leyer. 2013, pp. 1221-1222.

43 “Por apropiarse se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición “uti dominus”, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que el bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma administración.” Molina Arrubla, Carlos Mario. Op. Cit. Pág. 114.

los funcionarios sobre los bienes, o permitiéndole a terceros que se apropien de ellos. Igualmente, podrían presentarse casos donde se acuerde previamente con un funcionario, para que omita intencionalmente sus deberes de control y vigilancia sobre los bienes o recursos del Estado.

La discusión, sobre este grupo de casos donde existe acuerdo común, es si el funcionario sería un coautor o un cómplice del delito, y ello, debido a que, por regla general, la conducta de guardar silencio para que otro ejecute la conducta es un acto de complicidad; sin embargo, cuando es el funcionario quién determina a otro a realizar la conducta de apropiación mientras él se mantiene inactivo y en silencio, es una conducta en la que concurre, tanto la determinación, como la complicidad, y en virtud del principio de subsunción, deberá aplicarse la conducta más grave, que en ese caso, es la determinación. Ahora bien, puede existir coautoría, si el omitente con su acción omitida realiza un aporte tal, que le permita tener el dominio funcional sobre el hecho, es decir, que de no ser por dicha omisión, la conducta no se hubiese podido llevar a cabo, pero considero que debe reconocérsele una rebaja respecto de los demás coautores que sí realizaron una acción. Sin embargo, omisiones dolosas que buscan que otro se apropie, pueden develar cierto grado de dependencia de la conducta omitida frente a las acciones, como por ejemplo, quien omite activar la alarma de seguridad de un banco, para que terceros ingresen y se hurten el dinero, o de quién omite ponerle llave a un escritorio en el cual se guarda una suma importante de dinero, para que otro funcionario se apodere de ella, son actos de gran importancia para la realización de la conducta punible, y por lo tanto, se podría afirmar que dominan funcionalmente el hecho, ya que si no hubiesen omitido dichas conductas, los otros no hubieran podido acceder a los dineros. También es claro, que a pesar de que los funcionarios públicos que omiten activar la alarma o ponerle llave al escritorio, si las personas que posteriormente tienen la función de ingresar y extraer los dineros no realizan la conducta, nunca se produciría el resultado. Por lo anterior, se pone en duda la independencia de la comisión por omisión respecto a la acción para producir el resultado, y por ello, también la posibilidad de dominar el sí el cómo del hecho, quedando abierta la posibilidad de imputar la complicidad. Respecto de esta posición se deben plantear varias objeciones, que apoyarían nuestra posición de punir al directo como un cómplice y no como un autor:

Primero, la posición de garante es una teoría que explica muy bien los supuestos jurídicos para que se pueda imputar responsabilidad penal por comisión por omisión, pero por ello, no puede convertir casos de complicidad por cooperación a la conducta delictiva de otro, en casos de autoría, pues se estaría privando de una rebaja significativa a un partícipe de la conducta punible.

Segundo, la complicidad es un dispositivo amplificador del tipo, en que se pune por colaborar con la comisión de un delito perpetrado por otra persona. De ahí que una de las características de la complicidad sea su accesoriedad, es decir, es una figura dependiente de la autoría. La condición objetiva para que se configure la complicidad es la realización de un aporte, que puede ser mediante una acción, como conseguir el arma al homicida, o mediante una omisión, como no informarle del hecho que se va a ejecutar a las autoridades o a la víctima. Por ello no parece plausible que si el aporte del cómplice se trata de una omisión, por tener posición de garante, ya el cómplice no sería tal, sino un autor por comisión por omisión.

Tercero, la importancia del aporte, como lo vimos, es uno de los elementos según la ley, que diferencian a un coautor de un cómplice, y en un hecho delictivo, no es lo mismo guardar silencio, que ejecutar la conducta punible, porque la persona puede haber acordado guardar silencio y no hacer nada en contra de los coautores, pero si el hecho es aplazado o cancelado, nada ocurre, por ello, es que definitivamente en el caso planteado, existe un alto grado de accesoriedad de la conducta del que omite.

Cuarto, en el caso planteado, existe un acuerdo previo y una división de trabajo, pero quien decide el sí y el cómo de la conducta punible no es el director del departamento, sino los empleados, por tanto, el director carece del dominio funcional sobre el hecho, y por ello sería un cómplice.

Quinto, se habla de una equiparación entre la conducta omisiva y la conducta activa, de tal manera que se compruebe que si la conducta del omitente se hubiera realizado, el resultado no se hubiera producido. Se habla aquí de una causalidad hipotética, que cambia totalmente los hechos ocurridos, incluyendo una conducta imaginaria, para analizar mentalmente si el resultado de todas maneras se hubiera dado. Esta solución parece ser muy subjetiva, porque si se cambia los factores de una operación, el resultado al menos en la mente va a variar, por lo que posiblemente, se pudiera concluir causalmente que en todos los casos, si el omitente hubiera actuado, el resultado hubiera sido distinto. Y de acuerdo con este argumento, la condena al omitente sería segura.

Sexto, hay quienes consideran que un criterio diferenciador entre autores y cómplices en una omisión, es demostrar que si con la conducta omitida se evitaría el resultado, el omitente respondería como autor. Pero si la conducta omitida no hubiera evitado el resultado, sino que lo hubiera estorbado, el omitente respondería como cómplice⁴⁴. Con ello, se busca encontrar un límite para admitir

44 Portilla Contreras, Guillermo. "Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos". En estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Editorial: Edisofer. Madrid. 2008. Págs. 1519-1542.

la complicidad omisiva, sin embargo, el defensor alegará que la conducta de su defendido solo hubiera podido estorbar la ocurrencia del resultado, y la fiscalía argumentaría que si el omitente hubiera realizado la conducta omitida el resultado no se hubiera presentado. Lo cierto es que este debate nos trasporta a la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde cualquier factor que contribuya a la producción del resultado es causa del mismo, teniendo con ello mucha ventaja la fiscalía.

Séptimo, según Gimbernat⁴⁵, lo importante de un delito de comisión por omisión no es la causalidad —pues también considera a la causalidad en la omisión como una causalidad hipotética, según se ha explicado anteriormente—, sino la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que implica de por sí, la falta de actuación por parte del omitente. Es decir, que el omitente aumenta el riesgo del bien jurídico protegido con su no actuar; en el planteamiento de Gimbernat, el bien jurídico es en sí una fuente de riesgo, que el garante debe controlar dentro de los límites del riesgo permitido. Visto desde esta perspectiva, dicho planteamiento tiene un acercamiento a la teoría de los delitos de infracción al deber de Roxin⁴⁶, donde lo importante es determinar que el sujeto tiene una posición especial en la sociedad que le impone unos deberes específicos para evitar que se afecten determinados bienes jurídicos, por tanto, habrá responsabilidad si el autor incumple esos deberes. Esta discusión, nos devuelve al problema inicialmente planteado, y es por qué un individuo, a pesar de infringir un deber de actuar en determinada forma, una persona que actúa como cómplice, se convierte en autor por tener posición de garante.

Octavo, teorías como la del dominio sobre la evitación del resultado de Schünemann⁴⁷, y de la competencia de Jakobs⁴⁸, tampoco permiten dar una respuesta clara a los problemas aquí planteados. Pues la teoría del dominio sobre la evitación del resultado cae nuevamente en la discusión de si la conducta del autor hubiera evitado o estorbado el resultado. Y la teoría de la competencia, también cae en confusión, cuando se busca a través de los roles sociales qué persona sería la competente para evitar la comisión de un resultado típico, es decir, que en vez de acudir a la infracción de deberes jurídicos como lo hace Roxin, Jakobs acude a la infracción de roles sociales, lo cual es mucho más abierto e indeterminado.

Noveno, en la legislación alemana (parágrafo 13 del Código Penal alemán), se ha reconocido una rebaja al autor por comisión por omisión, entendiéndose que

45 Gimbernat Ordeig, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. Segunda edición. Editorial Bdf. Maestros de derecho Penal No. 4. Buenos Aires, 2013, pp. 318-329.

46 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Ob. Cit. Pág. 385-393.

47 Schünemann, Bernd. Ob. Cit. Págs. 202-203, 206.

48 Jakobs, Gunther. *Imputación objetiva en el derecho penal*. Ob. Cit. Págs. 73-101.

no puede tener igual responsabilidad que un autor que realiza la conducta a través de una acción, por lo menos no en todas las veces.

Décimo, la omisión es una inversión de la carga de la prueba, porque en una acción la fiscalía debe demostrar que el hecho sí ocurrió, pero cuando a un procesado le imputan una omisión, es al procesado a quién le corresponde probar por qué no actuó, o que sí actuó pero no pudo evitar ese resultado.

En mi concepto, casos como el de la mujer que no alimenta a su bebé recién nacido; la esposa que no alimenta a su esposo cuadripléjico; del policía que no detiene al sujeto que está a punto de violar a una niña; del general que conociendo que un grupo armado va a realizar una masacre a un pueblo, y no moviliza a la tropa para hacerle frente al enemigo, dejando a la población a merced del mismo, son verdaderamente complicados, pues en todos nos gustaría que las personas que tienen posición de garante actuaran, para evitar esos resultados tan graves.

Igualmente, en tales casos se denota un problema causal que es necesario analizar. En el caso de la madre que no alimenta a su bebé, y de la esposa que no alimenta a su esposo cuadripléjico, la total dependencia del bien jurídico de la protección del garante, hace que la única posibilidad para que no se dé el resultado es que el garante actúe. En ambos casos, los garantes deben organizar un escenario especial, pues además de no alimentar a las personas que tienen a cargo, deben lograr que nadie acuda a socorrerlos para que mueran por inanición. En estos casos, la absoluta dependencia del bien jurídico respecto del garante, y el dominio total que se tiene sobre la evitabilidad del resultado, permiten concluir la equivalencia entre estas conductas y un homicidio comisivo doloso.

En los casos del general y del policía se presenta una situación diferente, pues su acto colabora con la ejecución de un hecho doloso de un tercero, que está resuelto a realizar el hecho. También se puede decir que si el policía o el general hubiesen actuado en cada caso, hubiesen podido haber evitado o cambiado el resultado, pues el policía pudo haber ahuyentado al violador haciéndolo desistir de acceder a la niña, o el general, pudo con sus hombres haber rechazado el ataque enemigo y salvado a la población civil. Sin embargo, en estos casos, hay un alto grado de azar porque también, el violador pudo haber sacado un arma y disparado en contra del policía, e igualmente, pudo haber accedido a la menor. Incluso, la tropa del general pudo haber sido vencida por los enemigos en batalla, y éstos igual, pudieron haber perpetrado la masacre en el pueblo. Ante este grado de azar, no puede existir equivalencia entre la acción y la omisión, por tanto, considero que debe reconocerse una rebaja en la pena.

Como se dijo anteriormente, en legislaciones como la alemana se concede la opción de una rebaja de pena para el garante omitente. Considero que una de

las razones que justifican esta rebaja punitiva, es que al garante se le agrava su condición, porque no responde por omisión de socorro, como cualquier persona en esos casos, sino directamente por el acceso carnal y por los homicidios en personas protegidas. Es claro también en ambos casos, que los garantes tienen un deber de actuar especial, y la dependencia del bien jurídico frente al garante es alta, es decir, tanto la niña que iba a ser accedida carnalmente, como la población civil que iba a ser masacrada, podían defenderse o huir, pero los garantes en cada caso, les podían ofrecer una mayor protección.

Otra razón para justificar una rebaja en la condena de un garante omitente, es que en los dos casos planteados se presenta una autoría accesoria, porque al no existir acuerdo común con los autores directos, no puede configurarse una coautoría o una participación. Y así como en el ejemplo clásico de autoría accesoria donde A quiere matar a C dándole un veneno, pero B se adelanta y mata a C con un puñal, por lo que A responde por tentativa de homicidio y C responde por el homicidio; tampoco es posible que la pena sea la misma para quien actúa para dañar el bien jurídico y para quien no realiza una determinada acción salvadora.

Ahora bien, si se presenta un acuerdo común entre las personas que ejecutan el hecho y las personas que omiten acciones, se debe analizar si entre los que omiten, ese deber omitido es de tal importancia para el plan criminal que se pueda concluir que existe dominio funcional del hecho, de lo contrario serían cómplices. Por regla general, quien acuerda guardar silencio para que otro ejecute una conducta punible no es coautor, sino cómplice.

En síntesis, no en todos los casos el garante que omita actuar podrá ser catalogado de autor, porque pueden presentarse casos en los que su aporte omitiendo alguna acción, no es de tal importancia que se pueda concluir que tenga el dominio funcional sobre el hecho. Cuando el garante funja como autor accesorio o como coautor se podrá conceder una rebaja, si luego de haber hecho un proceso de causalidad hipotética, se puede establecer que su conducta no es equiparable a una conducta activa, ya sea porque su conducta no podía certeramente evitar el resultado, y es posible en cambio, que lo hubiese evitado o simplemente lo hubiese alterado. No es posible reconocer la rebaja en casos donde la víctima se encuentre totalmente desprotegida y dependa totalmente del garante, como el caso del bebé recién nacido, la persona inconsciente o el cuadripléjico, porque las circunstancias de estos casos permiten equiparar la conducta activa con la omisiva.

En el caso del peculado, el bien jurídico protegido es el patrimonio público, y solo en algunos casos, bienes particulares que se encuentren en custodia del servidor público. La conducta de dejar de custodiar dichos bienes para que

otro se apropie, considero que es una conducta absolutamente dependiente del agente que realiza la acción, por esta razón, sigue latente tanto la posibilidad de rebaja, en caso de autoría accesoria, como de la complicidad cuando exista acuerdo en común.

Pasando a otro tema, en relación con el verbo apropiarse, la comisión por omisión podría tener una objeción importante desde el punto de vista del principio de legalidad, toda vez que el delito de peculado describe una acción del servidor público tendiente a disponer como suyos los recursos del Estado que se encuentren bajo su administración, y no se describe la conducta de omitir deberes de control, vigilancia o custodia sobre esos bienes de forma intencional.

La segunda objeción se puede presentar, en razón a que siempre se ha exigido una relación funcional entre el servidor público y el bien objeto de custodia, y por regla general, siempre se ha acudido a la figura jurídica del ordenador del gasto, que sería el servidor público que tendría la disponibilidad física o jurídica sobre el bien. Por lo tanto, hasta el momento, para imputar el delito de peculado se había exigido que el autor, además de ser servidor público, debía tener asignada la función de ordenador del gasto, y esto reducía el espectro punitivo del peculado a aquellas personas que tuvieran algún papel dentro de los trámites requeridos, para la disposición de un bien estatal.

La problemática con admitir un peculado por comisión por omisión en los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Penal, es que se abre aún más el campo de punibilidad, pues se le imputaría la conducta a todo funcionario que tuviera un deber de custodia, vigilancia y control sobre la utilización de esos recursos públicos, sin que se hayan realizado actos de disposición sobre ellos, y con ello, en parte se suprimen los límites fijados como la acción de apropiarse y la función de disponer jurídica o físicamente del bien.

La omisión de los deberes de custodiar, vigilar y controlar los actos de disposición o actos de apropiación de terceros, nos lleva a punir actos posteriores a la acción nuclear del tipo penal que es la apropiación, lo que parecería incluir dentro de la descripción típica, actos que podrían ser catalogados de favorecimiento o de complicidad.

Frente a estas objeciones, tendríamos que plantear algunos argumentos que nos permitirían superarlas:

En primer lugar, la comisión por omisión puede aplicarse al delito de peculado en virtud del primer inciso del artículo 25 del Código Penal, que fundamenta los deberes de garantes creados por la Constitución y la ley, independientemente de

las posiciones de garante desarrolladas en el segundo inciso, así como lo explica la Corte Suprema de Justicia:

(...) El artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales.⁴⁹

En la doctrina existen tres líneas dogmáticas sobre las posiciones de garante, una material, otra formal y otra del ámbito de dominio⁵⁰. En Colombia, según la redacción del artículo 25 del Código Penal, se acoge una postura mixta⁵¹, en la que se combinan diferentes posiciones de garantía, de orígenes dogmáticos diversos.

En la primera parte del artículo 25 del Código Penal, se describe las posiciones materiales como la de la protección de un bien jurídico y la vigilancia de una fuente de riesgo, pero ambas se encuentran restringidas a deberes previamente establecidos por la Constitución y la ley. Y es en estos casos donde se puede desarrollar una tesis sobre la viabilidad de un peculado por comisión por omisión. Por una parte, se podría plantear, como lo hace el profesor Gimbernart, que en los casos en los que se delega la función de disposición jurídica del bien, el funcionario subordinado es considerado una fuente de riesgo, porque en cualquier momento puede no cumplir con las funciones que le han sido asignadas⁵², y por tal razón, se hace necesario el control y vigilancia del superior, para verificar el cabal cumplimiento de la legalidad de la disponibilidad de los recursos. Igualmente, también se podría argumentar que el funcionario, en caso de disponibilidad material, tiene la protección en concreto del bien jurídico,

49 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Rad. 25536. 27 de julio de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

50 “El tema ha sido objeto de amplia controversia, pues va desde las posturas tradicionales, cuya preocupación se ha centrado en el establecimiento de las fuentes jurídicas de la posición de garante, por lo que la deducen de la ley, el contrato, la conducta anterior (injerencia), la asunción de hecho y las relaciones de lealtad (por eso se le conoce como teoría formal de la posición de garante), pasando por criterios extraídos de la relación del agente con el bien jurídico que intentan desarrollar el contenido y la función de dicha posición de garante (de ahí el nombre de teoría de las funciones o material), o por concepciones para las cuales el sujeto debe realizar una conducta que lo ponga en contacto directo con el bien jurídico (la llamada teoría del ámbito de dominio);...” Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Ediciones Andrés Morales. Bogotá. 2013. Pág. 423.

51 De acuerdo con el profesor Velásquez, el artículo 25 del Código Penal contiene una posición mixta que combina las posiciones de garante desarrolladas por las teorías formal, material, y del ámbito de dominio. Ver *Ibidem*, página 423.

52 GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. Ob. Cit. Págs.318-329.

porque se podría establecer que los bienes del Estado que le han sido asignados a un funcionario en razón o con ocasión de sus funciones, se encuentran en absoluta dependencia, “pues de él depende que el patrimonio público y su gestión o administración de una forma imparcial y objetiva se mantengan indemnes”⁵³.

En relación con las posiciones de garantía contenidas en los numerales 1,2,3 y 4 del artículo 25 del C.P., que desarrollan las posiciones de garantía de la teoría formal, como lo son, el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, como bien lo establece el parágrafo del mismo artículo 25, y como también lo dijo la Corte Suprema de Justicia, se encuentran restringidas a los delitos que afecten los bienes jurídicos de la libertad, la libertad y formación sexual, la vida y la integridad personal, y por esta razón, no serían aplicables al delito de peculado.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo presente tanto el artículo 25 como el 397 del Código Penal, se puede plantear que los funcionarios públicos por mandato legal o constitucional, tienen en su mayoría, el encargo de la protección de los bienes del Estado, máxime si ellos se encuentran bajo su administración, tenencia o custodia. En el mismo orden de ideas, podemos encontrar a funcionarios públicos que dentro de sus funciones constitucionales o legales, tienen a su cargo la vigilancia sobre ciertas fuentes de peligro para los bienes de la Nación, piénsese por ejemplo en la Contraloría General de la Nación. En consecuencia, podemos plantear que las posiciones de garantía creadas por la teoría material, se cumplen en los funcionarios públicos que tienen asignadas las competencias de protección de los bienes del Estado, de acuerdo con la Constitución o la ley. Sin embargo, en estos casos hay que hacer una claridad, pues si ello se plantea así, llegaríamos a absurdos donde el Contralor de la República tendría que responder por comisión por omisión de un delito de peculado realizado por un alcalde en un alejado municipio del país. Para evitar ensanchar el marco de punibilidad del delito de peculado a ámbitos infinitos, a través de la comisión por omisión, es necesario comprender, como lo afirma el profesor Velásquez, que:

*(...) No toda posición de garante en abstracto puede fundar la realización de un tipo omisivo impropio (comisión por omisión), sino solo aquella que en el caso particular, específico, sea la que obligue al sujeto a realizar la acción de salvamento ordenada; además esa acción debe también ser determinada, esto es, aquella que con certeza, con seguridad, de manera definitiva y sin la necesidad de realizar posteriores acciones intermedias, evite la realización del resultado típico.*⁵⁴

53 ROCA AGAPITO, Luis. Ob. Cit. Pág. 255.

54 Velásquez Velásquez, Fernando. Ob. Cit. Págs. 427-428.

De esta manera, queda restringida la comisión por omisión a aquellos funcionarios que directamente se les haya asignado la función de administración, tenencia o custodia, o que tengan a su cargo la función de disposición jurídica o material del bien, sólo ellos, pueden entonces permitir que otro se apropie, pues tienen en el caso en concreto, la posición de garantía específica y no general, de la protección del bien jurídico o de la vigilancia de una fuente de riesgo. Por otro lado, los organismos de control como la Contraloría, la Fiscalía y la Procuraduría, en principio solo actúan cuando el acto de apropiación se realizó, y en virtud de ello, su silencio sería un favorecimiento o un encubrimiento. Incluso si existiera un acuerdo previo para no hacer nada, o un pago para omitir sus funciones, lo que habría es una omisión de denuncia y un cohecho propio, pero ni la Contraloría, ni la Fiscalía, ni la Procuraduría, tendrían competencia inmediata para ordenarle a un funcionario que no ejecute un acto, lo máximo que pueden es advertir, que si se realiza un determinado hecho, se podrá abrir un proceso administrativo o judicial. En su función de inspección y vigilancia, la Contraloría podría emitir conceptos o comunicaciones dirigidas a los funcionarios para evitar la comisión de actos que pueden configurar detrimento patrimonial para el Estado, e iniciar los procesos que le corresponden de conformidad con la Constitución y la ley; y la Fiscalía podría solicitar la suspensión de los actos que puedan configurar actos delictivos ante los jueces de control de garantías. Sin embargo, debe quedar claro que la posición de garantía en concreto sobre la protección del bien jurídico o la vigilancia de la fuente de riesgo, le corresponde al funcionario público que tenga a su cargo la administración, custodia o tenencia de los bienes objeto del delito de peculado, o que tengan a su cargo la disponibilidad material o jurídica de los mismos. Imputar un peculado por comisión por omisión a los entes de control, sería ensanchar demasiado los marcos punitivos del delito de peculado a situaciones que se encuentran muy alejadas de la descripción típica del delito.

En segundo lugar, como se dijo anteriormente, el concepto de apropiación se ha entendido como un actuar como señor y dueño de algo sobre lo cual solo tiene un mandato de administración, y ello hasta el momento se ha entendido como una conducta de acción. Sin embargo, permitir que otro se apropie, se apodere o desvíe los recursos públicos del fin legalmente establecido, también puede entenderse como un acto de apropiación, pues indirectamente se está permitiendo que otro disponga del recurso para fines particulares, pudiendo y teniendo la competencia para evitarlo. En esta línea lógica, un funcionario público que tenga a su cargo la administración, tenencia o custodia de unos recursos públicos, o que tiene a su cargo la disponibilidad material o jurídica de los mismos, y que permita que otro disponga ilegalmente de los recursos públicos o que se apropie de los mismos, se encuentra asintiendo, validando o fomentando una acción delictiva enmarcada en el delito de peculado.

En todo caso, para la configuración concreta de un delito de peculado en comisión por omisión, de acuerdo con los artículos 25, 397, 400 del Código Penal, se requiere de una combinación muy especial de varios requisitos. En el caso del peculado doloso, se requiere la relación funcional entre el autor y el bien, y además, que exista una conducta de apropiación. En el caso del peculado culposo, se requiere también una relación funcional, que exista infracción al deber objetivo de cuidado, y que se presente como resultado de la conducta, el extravío, la pérdida o el daño del bien.

De esta forma, si se entiende que apropiarse es actuar como señor y dueño de un bien, del cual solo es un mero tenedor, y que apropiarse también implica la acción de incorporar al patrimonio propio o de un tercero el bien, no podría configurarse un peculado por comisión por omisión a favor de sí mismo, pues para ello debe realizar una acción de apropiación. En cambio, si es más lógico un peculado por comisión por omisión a favor de otro, cuando es un tercero el que actúa para apropiarse, y el omitente-garante, simplemente no hace nada para detenerlo. Por esta vía, comete un peculado doloso por acción quién realiza una actuación mediante la cual el mismo funcionario es quien se apropia de bienes del Estado, y comete un peculado por comisión por omisión cuando es un tercero quien se apropia del bien, y el funcionario sencillamente no hace nada.

Por otro lado, para realizar una acción de apropiación, el autor de un delito de peculado debe tener una relación funcional sobre el bien, es decir, que por razón o con ocasión a sus funciones, el agente debe tener a su cargo la administración, tenencia o custodia del bien objeto del delito; por tanto, solo puede existir el delito de peculado por comisión por omisión, en los casos en que el funcionario incumpla su deber de custodia, cuidado o administración de los bienes que tiene a su cargo, permitiéndole a otro que se los apropie.

Por último, el funcionario debe tener sobre el bien la disponibilidad material o jurídica de forma previa a la apropiación, esto quiere decir que se pueden presentar dos formas de configuración de un peculado por comisión por omisión. La primera, es cuando tiene la disponibilidad material del bien, en este caso, solo puede cometer el delito de peculado por apropiación, omitiendo sus deberes de custodia sobre el bien, que puede hacerlo ya sea abandonándolo o descuidándolo, y permitiendo con esta conducta, que puede ser dolosa o culposa, que terceros se lo apropien, como en el ejemplo de quien deja sin seguro un cuarto donde se encuentran dineros del Estado para que otro se los apropie.

La segunda, se presenta en los casos en que el funcionario solo tiene la disponibilidad jurídica, es decir, que a través de un acto administrativo puede ordenar la entrega o pago de algún recurso público. En estos casos, solo podría configurarse

el delito de peculado por comisión por omisión, cuando el responsable delega dicha función en un subalterno, y por falta de control y vigilancia, permite que éste disponga ilícitamente del bien, configurándose una conducta culposa; o una conducta dolosa, cuando el agente conoce previamente que el funcionario en el cual delegó la función, se va a apropiarse del bien, y no lo evita.

En el caso de los peculados por comisión por omisión culposos, la acción omitida debe infringir el deber objetivo de cuidado, y debe ser la causa del resultado: pérdida, extravío o daño. Pero así como en el peculado por comisión por omisión dolosa, solo se podría admitir la comisión por omisión culposa, cuando no sea el mismo agente el que realice la conducta, sino que el resultado —daño, pérdida o extravío— debe producirse por la conducta de un tercero o de acción de las fuerzas de la naturaleza.

Cuando no existe acuerdo previo entre el omitente y las demás personas que realizan las acciones que desprenden el patrimonio del Estado, se presenta una autoría accesoria, tanto en los casos dolosos como en los culposos. En estos casos, como se mencionó, así el artículo 25 establezca que el omitente tendrá la misma pena establecida para el mismo delito, se sostiene que debe existir una rebaja, porque existe un alto grado de dependencia de la conducta del omitente, frente a la conducta del autor que realiza la acción. Y si existe acuerdo previo, la conducta del omitente, a pesar de ser garante, también debería recibir una rebaja de pena, e incluso, podría tratarse como un cómplice, porque igual, si la persona se queda inactiva durante todo un día y la otra persona no se decide a actuar, no se produce el resultado, que en este caso debe ser la apropiación. En igual sentido, se aclara que si existe acuerdo previo, y la idea criminal surge del omitente, éste también tendrá la calidad de determinador, y por tanto, de conformidad con el principio de subsunción, se aplicará la condición más gravosa, que en este caso sería la de determinador.

Para concluir, un funcionario público que actúe en un delito de peculado, será coautor de ese delito cuando su aporte activo sea de tal importancia, que le permita tener el dominio funcional sobre el hecho. Un funcionario público puede cometer un delito de peculado por comisión por omisión, cuando omite su deber de custodia o vigilancia de los bienes que tenga a su cargo para que otro se los apropie, pero por el grado de dependencia que tiene su omisión de las conductas activas de los demás, en nuestra opinión, se le debe reconocer una rebaja frente a la pena de quien realiza la conducta activa, y solo podría considerarse un coautor, cuando de su aporte —que es una omisión— se pueda inferir que tiene el dominio funcional el hecho, a través del dominio sobre la evitación del resultado. Se podría decir también, que el omitente puede fungir como cómplice, o incluso por analogía en bonam parte, se puede solicitar que se le reconozca la pena del cómplice, pues las colaboraciones a los hechos ajenos

que consisten en omisiones, por regla general, son consideradas conductas de cómplices, donde también media un acuerdo previo.

Volviendo a los casos planteados al inicio de este aparte sobre el peculado por comisión por omisión, vamos a analizar cada uno según lo prometido.

El primer caso, trata de un funcionario que dentro de sus funciones tiene el deber de control y supervisión sobre la legalidad de un acto, como lo sería un asesor jurídico, un contador, un tesorero. Si estos funcionarios omiten su deber de control, y en vez de rechazar un acto que va a ocasionar una pérdida patrimonial al Estado, lo aprueban, su conducta es activa y no se configura una comisión por omisión, pues al aprobar se realiza una acción y no una omisión, que obviamente crea un riesgo jurídicamente desaprobado y le genera responsabilidad desde el punto de vista penal, ya sea dolosa o culposa, según el conocimiento que tenga sobre el acto ilícito. Ahora bien, si en cambio no emiten un acto de aprobación, sino que guardan silencio y permiten que el acto genere efectos jurídicos, a sabiendas de que se va a presentar una pérdida patrimonial para el Estado por un acto de corrupción, entonces sí se puede configurar un peculado por comisión por omisión en favor de terceros, ya que omite su función de revisar previamente los actos administrativos, y dar su aprobación o rechazo de acuerdo con la ley. Al no realizar su deber, crea un riesgo jurídicamente desaprobado que favorece el acto de apropiación por parte de terceros.

El segundo caso, trata de la delegación que hace un funcionario sobre su subalterno, y este último, realiza actos de corrupción aprovechándose de las funciones delegadas, para apropiarse de los recursos públicos. En este caso, si el delegante omite realizar las funciones de control y vigilancia que le competen como superior, inicialmente se puede configurar un peculado culposo por comisión por omisión. Si el delegante tiene conocimiento de los actos de corrupción que realiza su subalterno y omite realizar los actos para impedir la apropiación, teniendo la posibilidad de hacerlo, se le puede imputar un peculado por comisión por omisión, como cómplice o como coautor, pero reconociéndole una rebaja, según la tesis que se ha adoptado en este trabajo⁵⁵. Si la idea del acto de corrupción surge del delegante y es el delegado quién la ejecuta, el delegante sería un determinante, y el delegado sería un autor.

El tercer caso, trata de actos administrativos realizados por un cuerpo colectivo, que tiene a su cargo la administración de recursos públicos. En este evento, cuando todos toman una decisión aprobando un acto de corrupción, todos son responsables por haber realizado una acción consistente en el acto de aprobación, y pueden ser imputados en calidad de determinadores o coautores del acto

55 También al respecto: Abello Gual, Jorge Arturo. *Derecho Penal Empresarial*. Leyer. 2015. Págs. 49-54.

ilícito, según tengan o no el dominio funcional sobre el hecho. Pero en el caso en que alguno de sus miembros no participa en la decisión, pero conociendo los efectos adversos que implica el acto de corrupción aprobado, no hace nada para que el acto no nazca a la vida jurídica, su inacción, o el incumplimiento de su deber encomendado, podría implicar un peculado por comisión por omisión, muy seguramente en calidad de cómplice.

En el último caso de los órganos de control como la Procuraduría, la Contraloría y los órganos judiciales como la Fiscalía, se había descartado la posibilidad de la configuración de un peculado por comisión por omisión, porque se dejó en claro que si bien es cierto tienen un deber legal y constitucional, la posición de garante y la persona que debe cumplir con el deber estricto y directo de proteger el bien era el funcionario que tenía a su cargo la administración, tenencia o custodia sobre los recursos públicos, o quién tuviera, la disponibilidad material o jurídica sobre el bien. Como la Procuraduría, la Contraloría y la Fiscalía tienen a su cargo un deber general de protección sobre el bien, su misión realmente consiste en denunciar los hechos e iniciar procesos en contra de los ejecutores, por tanto, es más viable imputarles otro tipo de delitos, como omisión de denuncia, cohecho o encubrimiento, según el caso, para no ampliar a límites insospechados el delito de peculado y vulnerar así el principio de legalidad.

CONCLUSIONES

De conformidad con todo lo expuesto en este trabajo, podemos encontrar que la posibilidad de plantear un delito de peculado, en la modalidad de comisión por omisión, puede ser viable partiendo de la legislación penal colombiana, teniendo presentes todos los elementos contemplados en el artículo 25 de la parte general del Código Penal colombiano, para la configuración de la comisión por omisión u omisión impropia. Pero además se hace necesario decir que no basta con la configuración de la comisión por omisión, pues no deben dejarse a un lado los elementos estructurales del delito de peculado en sus diferentes modalidades, contemplados en la parte especial del Código Penal.

En definitiva, la posición de garantía que se configura por la relación funcional entre el empleado público y los bienes del Estado que le fueron encargados con ocasión o por razón de sus funciones, es el punto de partida para la configuración de un peculado por comisión por omisión, pero como se analizó en el presente trabajo, es la omisión del deber de custodia de los bienes que se le han puesto a su cargo, el núcleo central de la imputación de un peculado en esta modalidad.

Igualmente, como también quedó expuesto, la posición de garante solo se puede predicar de los funcionarios que tienen deberes directos frente a los bienes que

deben custodiar, ya sea por ser el ordenador del gasto o por tener la disponibilidad jurídica o física del bien, pero no podría imputársele a funcionarios que solo tienen deberes generales de vigilancia y control, pues ello supondría un ensanchamiento masivo de la figura contemplada en el artículo 25 del C.P., llegando de esta forma a punir casos de responsabilidad objetiva, y de conductas no contempladas en el delito de peculado.

También se pudo realizar un estudio de casos, en los que se aplicaron los elementos planteados en este estudio, donde se evidencia desde el punto de vista político criminal, la necesidad de aplicar la omisión impropia en varios casos de apropiación de recursos del Estado, así como las consideraciones dogmáticas que deben ser tenidas en cuenta para abordar cada caso en particular.

Por último, se deja sentada la opinión en este trabajo, de que si bien es viable aplicar la figura de la comisión por omisión en el delito de peculado, es necesario tener presente una rebaja a las personas que incurran en esta modalidad, pues su conducta no puede ser asimilada completamente a una conducta activa.

BIBLIOGRAFÍA

- Abello Gual, Jorge Arturo. *Derecho Penal Empresarial*, 1ª Ed., Bogotá, Leyer, 2015.
- Arboleda Vallejo, Mario; Ruiz Salazar, José Armando. *Manual de derecho penal partes general y especial*, 10ª Ed., Bogotá, Leyer, 2013.
- Cancino Moreno, Antonio. *El delito de peculado en el nuevo Código Penal*, 1ª Ed., Temis, Bogotá, 1983.
- Díaz, Miguel y García, Conlledo, *La autoría en el derecho penal*, 1ª Ed., PPU, Barcelona, 1991.
- Fernández Bautista, Silvia. *El administrador de hecho y de derecho*, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Penal*, Vol. 2, 1ª Ed, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- Ferre Olive, Juan Carlos *et al. Derecho Penal colombiano parte general*, 1ª Ed., Grupo Editorial Ibáñez, Reim, 2011.
- Ferreira Delgado, Francisco José. *Derecho Penal Especial. Tomo II*, Temis, Bogotá, 2006.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*, 2ª Ed., Editorial Bdf, Maestros de derecho Penal No. 4, Buenos Aires, 2013.
- Gómez Méndez, Alfonso, *et al. Delitos contra la administración pública*, 3ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- Jakobs, Gunther. *Imputación objetiva en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal parte general*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002.
- Lombana Villalba, Jaime. “Peculado”, en *Manual de derecho penal parte especial*, Temis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2011. p. 237-262.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*, 8ª Ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2010.

- Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración pública*, Leyer, Bogotá, 2005.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal parte especial*, 18ª Ed., Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- Portilla Contreras, Guillermo. “Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos”. En *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Editorial Edisofer, 2008.
- Roca Agapito, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- Roso Cañadillas, Raquel. *Autoría y participación imprudente*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal*, 7ª Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- Schunemann, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.
- Suarez Sánchez, Alberto. *Autoría*, 3ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- Uribe García, Saúl. *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Unaula, Medellín, 2012.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal parte general*, 5ª Ed., Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2013.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-372/2002*, MP Jaime Córdoba Triviño. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-372-02.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Mauro Solarte Portilla, Radicación 18911, fecha 13 de octubre de 2004. Disponible en: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2004/CSJ-SPENAL-18911-2004/CSJ-SPENAL-18911-2004_ORIGINAL.doc

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Fernando Arboleda Ripoll, Radicación 17392, fecha 24 de septiembre de 2002. Disponible en: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2002/CSJ-SPENAL-17392-2002/CSJ-SPENAL-17392-2002_ORIGINAL.doc

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Carlos Eduardo Mejía Escobar, Radicación 12191, fecha 25 de Abril de 2002. Disponible en: [http://190.24.134.94/sentencias/ Penal/1999/Dr.Carlos%20Eduardo%20Mej%C3%ADa%20Escobar/13588%20\(03-11-99\).doc](http://190.24.134.94/sentencias/ Penal/1999/Dr.Carlos%20Eduardo%20Mej%C3%ADa%20Escobar/13588%20(03-11-99).doc)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Radicación 25536, fecha 27 de Julio de 2006. Disponible en: <http://www.notinet.com.co/pedidos/25536.doc>

DISCRECIONALIDAD, CIENCIA Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL

DISCRETION, SCIENCE AND THE SYSTEM OF CRIMINAL LAW

*André Scheller D'Angelo**

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2016

Fecha de aceptación: 4 de marzo de 2017

RESUMEN

Los teóricos del derecho penal casi de manera unánime sostienen que el derecho penal es una ciencia, dicha afirmación es fundamental para los términos en que se desarrolla su construcción, dado que la cientificidad permite a este conocimiento una sistematización, lo cual constituye la piedra angular de todos los conceptos jurídicos. ¿El sistema es real o aparente? Dentro de este artículo se pone en duda la existencia de tal sistema, ello a consecuencia de la discrecionalidad judicial, la cual se presenta en la actividad permanente en el derecho general y en el derecho penal, ello genera una ruptura entre el concepto jurídico penal y el término ciencia. La discrecionalidad judicial por ende, hace ver difuso el sistema querido en las regulaciones punitivas, lo que de contera genera la acientificidad del concepto, y lo que a su vez representa una verdadera calamidad para el derecho penal: su ilegitimidad.

Palabras claves: Discrecionalidad, legítimidad, sistema, decisión, cientificidad.

ABSTRACT

Theorists of criminal law almost unanimously argue that criminal law is a science, that statement is critical to the terms on which construction takes place, since the scientific allows this knowledge systematization which constitutes the cornerstone of all legal concepts. Is the system real? Within this article it questions the existence of such a system, that as a result of judicial discretion, which is presented in the ongoing activity in the general law and criminal law. Judicial discretion therefore makes it look fuzzy dear regulations in punitive system, which generates a bead-scientific the concept and which in turn represents a real calamity for the law: his illegitimacy.

Key words: Judicial Discretion, Illegitimacy, Science, Legal System.

* Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (Esp.) Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia, Docente Universitario, director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda sede Santa Marta. Correo: andre.scheller@usa.edu.co

INTRODUCCIÓN

Una de las grandes consecuencias de la discrecionalidad judicial en el derecho penal, reside en que su incidencia afecta de tal forma sus contenidos, que la pretendida científicidad —dada por hecho en algunos sectores de la doctrina— que acompaña casi que obligatoriamente sus postulados, se desmorona ante su presencia. Sin demeritar los esfuerzos positivistas y dogmáticos que dan estructura al discurso retórico-epistémico del actual derecho penal, en estas líneas se muestra cómo incide específicamente la discrecionalidad del juez penal en el postulado científico jurídico penal, desdibujando fácilmente todo intento sistematizador. En el presente escrito mostraré por tanto, que el derecho penal no debe ser entendido como una ciencia a consecuencia especialmente de la discrecionalidad judicial, y así mismo, plantearé la posibilidad de concebir la ley y la jurisprudencia penal como “objetos” distintos de conocimiento, que pueden ser abordados para su estudio científico desde otras áreas.

Este escrito está dividido en dos partes, en la primera se hace un desarrollo teórico sobre el concepto de discrecionalidad judicial y las características que de acuerdo con un grueso de la doctrina comparten las diferentes acepciones del concepto; a continuación, teniendo claro lo que significa la discrecionalidad para el derecho, se hace alusión a la afectación de este fenómeno al interior del derecho penal y a la afectación en especial sobre el criterio de sistema y de ciencia.

1. QUÉ ES Y EN QUÉ CONSISTE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Al respecto de la definición y características de la discrecionalidad judicial, son muchas las líneas que se han escrito y muchas las posiciones que se han asumido; sin embargo, si se hace un juicioso análisis de las diferentes posturas que ha desarrollado la doctrina, se pueden encontrar sobre el particular algunos puntos comunes, que permiten delimitar sus características y dar buena cuenta de su contenido.

Sobre los puntos comunes, en primer lugar, se deben citar las dudas que sobre el concepto de la discrecionalidad han surgido a lo largo de la historia y dentro de las diferentes teorías. En particular, sobre la discrecionalidad judicial surgen dudas como ¿qué es y en qué consiste la discrecionalidad?, ¿cómo surge o cuándo se puede decir que un órgano tiene discrecionalidad?, ¿cuál es su origen y cuáles son sus fuentes? Así mismo, el mundo jurídico se ha preguntado ¿cómo debe ejercerse la discrecionalidad y cómo se controla? También subyace la pregunta sobre, si ¿la discrecionalidad judicial es un problema del procedimiento o del derecho sustancial?

Sobre esas dudas, cabe resaltar que para las culturas jurídicas continental-europea y anglo-sajona no existen mayores diferencias, podemos afirmar que son de idéntico tenor así las posturas sean diversas.

Ahora bien, así como existen lugares comunes con respecto a las dudas, también en el proceso de respuesta teórica acerca de ¿qué es la discrecionalidad judicial y cuáles son sus características?, se han logrado dilucidar, si bien no respuestas que satisfagan a todos, por lo menos puntos sensibles de encuentro, los cuales se pueden establecer a partir de algunas posturas doctrinarias tal y como se muestra a continuación.

Uno de los enemigos más solapados de los principios del Estado de Derecho, advierten Julio Virgolini y Mariano Silvestroni (2006) en la práctica judicial:

[...] Está representado por una serie de espacios de decisión que suelen ser llenados con la llamada discrecionalidad de los Jueces, término que intenta describir un ámbito en el que reina un conjunto de poderes y facultades no sometidas a regulación, y por lo tanto sometidas exclusivamente al criterio del Juez; en ese ámbito no hay reglas que contribuyan a orientar ese criterio, salvo cierta remisión, a veces, a los usos y costumbres de la función.

Así mismo, Rafaél Asis (1995) sostiene que “aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean derecho, esto parece ser un hecho” (p. 281). Dentro de la misma sucesión de ideas, pero tratando de concretar sus elementos, señala Lifante (2002) que “resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad implica un cierto margen de libertad en la toma de decisiones” (p. 416). En términos más precisos aún, el minucioso estudio del profesor Oscar Duque Sandoval (2007) sobre la discrecionalidad judicial, cuando cita a Aulius Aarnio (1991), en un intento por concretar los parámetros del debate sostiene que:

[...] En el fondo, el debate se centra en si el derecho suministra siempre una única respuesta correcta, tesis de la completitud del derecho o, por el contrario, se presentan eventos en los que o existen diversas soluciones jurídicas para un mismo supuesto o no existe ninguna solución jurídica para un asunto determinado, lo que implica, en ambos casos, que el juez deba escoger entre alternativas determinadas por criterios extrajurídicos. (p. 31)

Así las cosas, si se parte de lugares teóricos comunes, de lo dicho se puede colegir que discrecionalidad es “libertad dentro de un margen indeterminado del derecho, para la toma de decisiones”, y que esa libertad, siguiendo a Lifante (2002), consiste en:

1. La elección entre varias alternativas, es decir, elegir entre dos o más cursos de acción.
2. La ausencia de estándares jurídicos aplicables, “*donde termina el derecho comienza la discrecionalidad*”, y así podemos afirmar sobre el particular que discrecionalidad es ausencia de regulación para determinados casos.

Con respecto al punto 2, si no hay norma, el sujeto debe actuar sobre razones que considera correctas o esta libertad es relativa a un determinado sistema —el sistema jurídico—; el órgano puede estar sujeto a un tipo de “racionalidad practica” o finalmente establecer que estamos frente a una ausencia total de enjuiciabilidad o carácter último de la decisión. Lo anterior no tiene ninguna relación con lo que entendemos como una segunda instancia (Lifante, p. 424).

Sobre el origen de la discrecionalidad ha de tenerse en cuenta, como lo anota así mismo Lifante, que no basta con que se dé esa decisión, sino que ella debe ser legítima. Bell (1992), a su vez, asegura que dicha legitimación se presenta de dos formas:

- a. A consecuencia de conceder un poder, es la llamada discrecionalidad fuerte o explícita.
- b. A manera de ausencia, indeterminación o vaguedad del derecho o del material jurídico, es la llamada discrecionalidad informal, instrumental o implícita.

En el positivismo, este orden de legitimación está claramente establecido. Para H. Kelsen existe una relación entre escalones de determinación, pero con un margen de libre aplicación para el órgano aplicador verificable desde dos aspectos: intencional, cuando la norma faculta explícitamente al órgano aplicador para cubrir la indeterminación, y no intencional, por defectos que afectan a las normas jurídicas. Para H. Hart hay dos tipos de indeterminación: semántica, que se manifiesta por imperfecciones en el uso del lenguaje, y radical, por la imposibilidad de prever todos los casos y sus soluciones al caso concreto.

Así las cosas, de acuerdo a lo anterior se puede afirmar que la discrecionalidad judicial es, desde el punto de vista epistemológico, un cierto margen de libertad en la decisión judicial producido por la indeterminación del derecho.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

De las diferentes posiciones doctrinales acerca de la discrecionalidad judicial, se puede concluir que surgen específicamente tres lugares conceptuales que

bien se pueden llamar tópicos o comunes: de un lado, la libertad en la decisión; de otro, la indeterminación del derecho; y finalmente, la noción de poder. A continuación se hace referencia a cada uno de ellos, asumiéndolos como características de la decisión discrecional.

2.1. La libertad en la decisión

¿A qué se refiere la doctrina cuando hace referencia al margen de libertad? Allí radica uno de los puntos de partida del gran debate en torno a la discrecionalidad. Por lo anterior, vale decir que juega un papel muy importante el concepto de libertad, de acuerdo con ello Lifante señala, que según la distinción de Berlín (1958), la libertad se debate entre dos conceptos: uno negativo y otro positivo, en el primero un hombre actúa sin ser obstaculizado por otros y en el segundo un hombre goza de autonomía según las reglas que se da a sí mismo; por tanto el sujeto difiere entre permiso y responsabilidad, así sostiene el autor que todos ven la libertad en la discrecionalidad como negativa, sin embargo para ella, la libertad de la discrecionalidad es positiva.

De otro lado, debe tenerse en cuenta el concepto de libertad con el tercero, el cual ha sido entendido de dos maneras distintas:

1. Como falta de control o enjuiciamiento del tercero en la decisión discrecional. Según H. Hart, el hecho de que la decisión sea última no significa que sea infalible, por eso no es correcto en estos casos hablar de discrecionalidad.
2. Así mismo, si una decisión es discrecional, precisamente no puede estar sujeta a control; esta es la discrecionalidad propia del derecho administrativo. Según Lifante, si la decisión es libre, no cabe sobre ella control alguno: el ordenamiento le concede “permiso” y por tanto no hay reproche alguno.

Ahora bien, la libertad en la decisión discrecional no debe presentarse como cierta, pues la misma constituye un acto aleatorio, futuro e indefinido, porque hasta tanto no se presente la eventualidad dentro de la cual el juez debe actuar discrecionalmente, no es posible determinar a ciencia cierta, el motivo de la decisión discrecional. Por tanto, no es posible determinar los límites de la libertad en la decisión discrecional, pues su principal característica es que ésta se presenta ante una eventualidad que precisamente el ordenamiento jurídico no ha previsto, ya que de haberlo previsto estaría contemplada la solución en la norma. Por tanto, para determinar cuándo el juez es libre en su decisión, es imprescindible establecer cuándo y en qué eventos el derecho es indeterminado, porque es ahí donde la libertad en la decisión hace presencia (Lifante, 2002, p. 423).

2.2. La indeterminación del derecho

Al respecto de la indeterminación del derecho, bien vale la pena transcribir las palabras de Rentería (2001), que manifiesta: “[...] cuando de alguien decimos que tiene discrecionalidad en sus acciones, ello significa nada más y nada menos que, él (o ella) tiene la posibilidad de escoger entre diferentes alternativas acerca de la estrategia para conseguir un determinado fin” (p. 37). Sobre esta afirmación puede edificarse el tema que en este acápite del trabajo interesa, que es identificar y desarrollar una de las características de la discrecionalidad judicial, si se quiere la “fundamental”, que ha sido objeto de grandes controversias desde finales del s. XIX, y que retomó su furor a mediados del s. XX con “la indeterminación del derecho”.

De manera preliminar, se debe hacer sobre el particular una aclaración, puesto que la indeterminación del derecho presenta dos cuestiones, a saber: la primera versa sobre si es o no indeterminado el derecho, cuestión sobre la cual se ha tomado partido en acápite anterior de manera asertiva, en virtud a que la base de esta investigación parte de la hipótesis de la presencia de la discrecionalidad en las decisiones judiciales, en particular, en el ámbito del derecho penal. Y la segunda, debe responderse sobre ¿cuáles son las causas que generan dicha indeterminación? A tratar de dar respuesta a esta cuestión se dedican las páginas siguientes.

Alchourron y Bulygin (1987) explican frente a la subsunción del hecho en la norma dos problemáticas particulares: una de ellas referida a la falta de información y la otra referida a la indeterminación a través de un caso simple¹.

Es claro que en el ejemplo planteado por ellos, en cuanto a la falta de información acerca de los hechos del caso, la actividad judicial permite sin dilación el recurso a la aplicación de las presunciones legales, que permiten al juez suplir

1 El caso planteado por Alchourron y Bulygin está expresado en los siguientes términos “Las dificultades de la clasificación o subsunción de un caso individual pueden originarse en dos fuentes distintas. La primera es la falta de información acerca de los hechos del caso. Frecuentemente ignoramos si un hecho concreto (caso individual) pertenece o no a una clase (caso genérico), porque carecemos de la información necesaria; hay algunos aspectos del hecho que desconocemos y esa falta de conocimiento es lo que provoca la dificultad de clasificar el caso. Por ejemplo, aun sabiendo que todo acto de enajenación es necesariamente gratuito u oneroso, podemos ignorar si la enajenación que Ticio hizo de su casa a Sempronio fue a título oneroso o gratuito, simplemente porque no sabemos si Sempronio abonó o no un precio por la casa.

Pero la dificultad de saber si Ticio enajenó la casa a título oneroso o gratuito puede tener origen en otra fuente: la indeterminación semántica o vaguedad de los conceptos generales. Aun conociendo perfectamente todos los hechos del caso, podemos no saber si la enajenación fue onerosa o gratuita porque no sabemos si la suma de dinero que Sempronio entregó a Ticio por la casa constituía o no un precio en sentido técnico. Supóngase que la cantidad de dinero entregada fuera notablemente inferior al valor económico de la casa. En tales circunstancias pueden surgir dudas acerca de si se trata de una compraventa o de una donación encubierta”

la falta de conocimiento de los hechos, y en consecuencia, actuar como si todos fueran conocidos.

No obstante, en relación con la segunda dificultad acerca de la subsunción frente a la indeterminación semántica o a las vaguedades, es claro como lo anotan los autores, que solo los lenguajes lógicos o matemáticos permiten de manera definitiva erradicar el problema. La explicación del fenómeno de la indeterminación en este sentido, no puede ser otra que la aceptación de que los conceptos jurídicos comparten la misma vaguedad de los empíricos.

Como se anotaba anteriormente, para Hart las reglas deben construirse a partir de palabras-concepto, esto significa que la norma debe prever los supuestos, teniendo como base para ello el lenguaje común utilizado por la comunidad, en la medida en que si dicho lenguaje se llena de sentido y coincide claramente con los hechos no representará una situación problemática. No obstante, dentro del lenguaje común es posible la utilización de términos sobre los cuales recae la duda, acerca de si es posible la subsunción o no de un evento dentro del concepto generalmente entendido por la comunidad, por ejemplo, para citar el caso de Bonorino (2006), la palabra-concepto “vehículo” tiene un significado lingüístico definido y claro que permite aplicarla sin inconvenientes a automóviles, trenes, aviones, botes, bicicletas, tractores, motocicletas, etc. Sin embargo, ante una patineta podrían surgir discrepancias si alguien pretendiera llamarla “vehículo”. Ninguna consideración de tipo lingüístico podría ayudar a resolver o a evitar, este tipo de cuestiones, pues estamos ante un caso que cae en la zona de penumbra del significado del término “vehículo”.

Es más, en relación con la indeterminación referida a las vaguedades del lenguaje cabe anotar que la tesis de la discrecionalidad, en muchos ámbitos ha sido sustentada exclusivamente sobre éste contexto, que pese a revestir tal vez la mayor problemática de la indeterminación, no es la única.

De conformidad con lo anterior, en el positivismo y tanto para H. Kelsen como para H. Hart, la indeterminación del derecho depende del caso concreto: con los denominados *casos difíciles*, que se dan en dos sentidos, i) por causa de la *ambigüedad o vaguedad* de los términos; o ii) por la denominada *indeterminación intencional del acto de aplicación del derecho*, relativa a que la norma le otorga directamente el poder al órgano judicial.

Así, J.J. Moreso (2004), indica que la indeterminación del derecho estará dada cuando las proposiciones jurídicas relativas a un estado de cosas carezcan del valor de verdad. No obstante lo anterior, la indeterminación también es referida a lagunas, ambigüedades, etc. La indeterminación en otro sentido, es el relativo

a la conducta que exige la norma que debe seguirse en todos los casos en que ella sea aplicable.

El término “laguna” utilizado por Moreso, es bien diferenciado e identificado por Bulygin y por Alchouron, quienes manifiestan que mientras la laguna debe ser concebida en la norma como “ausencia de solución”, los casos de incoherencia normativa hacen relación a la “superabundancia de soluciones” (Alchouron y Bulygin, 1987, p. 21)

Ahora bien, frente a la indeterminación del derecho, es de recibo el planteamiento del profesor J. Alberto del Real Alcalá (2010), quien traspasa la frontera del contenido legal en la indeterminación y propone un estado de cosas distintas que interfieren ineludiblemente con la actividad judicial, argumentado de la siguiente manera:

El deber judicial de resolver siempre y conforme a derecho vincula la forma de construir la decisión judicial a la ley, a la Constitución y al Estado de Derecho, pero ¿qué “guía” la toma de decisiones por los jueces en los casos indeterminados si el derecho aplicable es vago y además los mecanismos que el sistema jurídico proporciona a los jueces para solventar la indeterminación jurídica adolecen asimismo de imprecisión y vaguedad? La cuestión que planteo aquí es que si los jueces tienen que dar cumplimiento al deber de resolver también en los casos indeterminados pero no disponen de mecanismos y técnicas para guiarse en sus decisiones, ¿hay que admitir, entonces, que en esos casos este importantísimo deber judicial, que es parte del contenido del rule of law y revés del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra en alguna medida indeterminado? (p. 43)

Ante tal duda, la respuesta que ofrece el profesor de Jaén no puede ser otra que admitir, que si el derecho contiene vaguedades y también contienen vaguedades las herramientas que tiene el juez o fallador, no cabe duda de que “la imprecisión e indeterminación de la que adolece la toma de decisiones por el juez en algunos casos (no en todos los casos) es asimismo ‘ineliminable’, y consiguientemente también lo es en esa medida su deber legal de resolver” (p. 44).

Las reflexiones anteriores, conllevan a la ineludible conclusión de que las decisiones judiciales no son “ciertas”, sino por el contrario, gozan del carácter de “inciertas”, y ello por la sencilla razón de que la decisión judicial es “imprevisible”, porque existe un alto grado de incertidumbre sobre cuál va a ser el sentido de la decisión judicial². Por obvias razones, en el derecho no hay decisiones correctas o incorrectas o razones preexistentes con respuestas únicas. Esta reflexión

2 En el mismo sentido, véase: Diciotti, 1992, p. 119.

permite establecer que la indeterminación del derecho hace indeterminable la decisión judicial, de tal forma que en los denominados casos difíciles, pese a la suposición de adaptación del hecho en la norma, no se puede establecer hasta que el juez dé su veredicto, cuál será el contenido de la decisión (Del Real Alcalá, 2010, p. 41).

Ahora bien, frente a la indeterminación cabe también resaltar que no debe confundirse la generalidad de la norma con la vaguedad, es posible que en el proceso de aplicación e interpretación de la ley el aplicador de justicia se encuentre con preceptos muy amplios, sin embargo, como lo anota Ramón Ruiz Ruiz (2010):

La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma. (p. 23)

No quiere decir, por tanto, que el ámbito que se busca regular a través de la norma, por la generalidad que en ella se contempla, sea óbice para alegar sobre ella ambigüedad o vaguedad, en la medida en que algunos casos no están regulados por la norma, dada su limitación o amplitud; es claro entonces, que la indeterminación por generalidad es diferente a la indeterminación por vaguedad.

Así mismo, es diferente en todo caso y ha de tenerse en cuenta, que una cosa implica la vaguedad de los conceptos y otra la ambigüedad de los mismos; así lo explica Pablo Navarro (1993):

Se trata de la llamada indeterminación semántica. Mientras la ambigüedad se presenta cuando el término es impreciso, es decir, existen dudas acerca de si un supuesto de hecho está incluido o no de su campo de aplicación, la vaguedad se predica de aquellas situaciones en la que el caso se encuentra ubicado en la zona de penumbra del concepto, esto es, cuando no hay posibilidad de establecer en forma exhaustiva las condiciones necesarias y suficientes del uso de un término que se pretende aplicar a la realidad. (p. 266)

Cabe anotar entonces conforme a todo lo anterior, que la decisión judicial y los problemas de adjudicación de la norma al caso concreto, frente a la indeterminación, recaen sobre cuatro pilares, que son: 1. Por las *lagunas por falencias en la completitud* del derecho por generalidad o limitación de contenido, 2. Por la

indeterminación directa o intencional de la norma sobre la aplicación por parte del fallador, 3. Por la *imprecisión o vaguedad* —indeterminación semántica— y 4. Por la *incertidumbre* referida a la indeterminación de la decisión, por indeterminación en la norma, a estos dos eventos finales la doctrina los reconoce como antinomias, que se presentan como contradicción entre normas.

2.3. La noción de poder en la discrecionalidad judicial

El poder en la discrecionalidad, siempre ha sido representado en dos sentidos:

1. La eventualidad de decidir entre varias alternativas o lo que bien suele denominarse, poder en sentido deóntico o relativo a normas regulativas, diferentes de las normas no regulativas o constitutivas, que instituyen cómo se producen cambios institucionales o normativos. El sistema jurídico ni permite ni prohíbe al órgano decisor llevar a cabo la acción —nos lleva al sentido de libertad negativa—.
2. La delegación de un determinado poder de decidir. Mediante reglas constitutivas, el ejercicio de un poder implica discrecionalidad jurídica. Con lo anterior cabe la pregunta ¿es discrecional el juez cuando dicta una sentencia?

Según Lifante (2002), el poder discrecional es un poder no reglado, solo en el sentido de no estar regulado por un tipo de normas: “las reglas de acción”, más no por no estar regulado jurídicamente. Es distinto entonces el poder discrecional al poder no regulado. El poder discrecional implica que sus titulares pueden afectar intereses de otros, encajando nuevas valoraciones e intereses y no ciñéndose a la norma y sus valoraciones e intereses rigurosamente (p. 429).

Por lo tanto, cabe hacer la diferencia entre el poder en sentido formal, como competencia o posibilidad de producir un resultado normativo, y poder en sentido material, que implica además del anterior, introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones de intereses. Es pues, diferente tener, que ejercer discrecionalidad.

En conclusión, la discrecionalidad judicial no es un criterio dado al poder judicial, y del cual los jueces puedan disponer, sino que nace y se hace como un “imprevisto” o “defecto” de los sistemas jurídicos, frente al que las posturas positivistas no han podido ejercer un verdadero y real control.

La discrecionalidad judicial afecta, y además guarda relación según lo anteriormente expresado, de manera directa desde la filosofía del derecho con la ciencia del derecho y su discusión, con la del derecho como sistema de normas y así mismo, está íntimamente ligada con la legitimidad del derecho general.

Una vez analizado el concepto de discrecionalidad, a continuación se verá su incidencia directa en el concepto de ciencia en el derecho penal.

3. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

En este tema particular, vale la pena recordar la figura del profesor italiano Arturo Rocco (1986), quien desde su pensamiento sobre el método y el objeto del derecho penal, daba cuenta de la preocupación que le asistía al encontrar, en especial dos problemáticas que resultaban de las diferencias entre los partidarios de la escuela clásica y los partidarios del positivismo criminológico a raíz de la orientación que debería darse al Código Penal italiano; de un lado, la actividad creciente de las ciencias causal explicativas, y de otro, las radicales diferencias en la justificación de la ciencia del derecho penal de entonces entre las dos escuelas.

Con ocasión del mismo dilema sobre las ciencias causal explicativas, F. Von Liszt (1984) en Alemania, centraba sus esfuerzos en establecer un modelo de ciencia “integral” basándose en la reconstrucción de un modelo sistemático del derecho penal, colocando en su centro a la norma positiva. Para el derecho italiano, esto daría lugar a una nueva tendencia que se conoce como “técnico-jurídica”, que basaba su compromiso científico en el iuspositivismo.

Desde su pensamiento, Rocco (1986) sostuvo —adhiriendo al positivismo de entonces— que la ciencia del derecho penal, debería renunciar al debate de todo fundamento extrajurídico, político, social, moral, etc. Así las cosas, el jurista debe estudiar el delito y la pena desde su concepción eminentemente jurídica, siendo la segunda consecuencia del primero, dejando a la antropología criminal la tarea de estudiar el delito y la pena como hecho individual bajo el aspecto natural, orgánico y psíquico; y a la sociología criminal el aspecto social como hecho socialmente relevante, por ello, se reconoce en Rocco, que a la ciencia del derecho penal le corresponde el estudio no solo empírico sino científico del sistema de derecho penal. Vale la pena recalcar que la concepción de F. Von Liszt, sobre el concepto de ciencia en el derecho penal es de idéntico tenor, aislando desde su postura la norma como objeto central del debate de la ciencia del derecho, y dando por cierto, sustento a un “positivismo-normativo” en el derecho penal.

Por supuesto, era de esperarse que el método de Rocco fracasara más adelante, al enfrentar afirmaciones posteriores que evidenciaron sus falencias, entre ellas, que la relación entre delito y pena no es una relación causal sino una relación de imputación, como lo anotaría Hans Kelsen.

Según Bacigalupo (1998),

La cuestión de la determinación del objeto de la ciencia del derecho penal, adquiere otras dimensiones totalmente diversas cuando se abandona el marco teórico del positivismo. Ello tiene lugar cuando la cuestión se plantea dentro de las ciencias del espíritu. En ellas el criterio de científicidad ya no se reduce a la posibilidad de explicaciones causales de fenómenos sensibles. El ideal científico de las ciencias del espíritu es comprender el fenómeno mismo en su concreción única e histórica. (p. 32)

Lo anterior efectivamente es así, como se anotó antes, con la entrada en escena del neokantismo, las ciencias del espíritu y los juicios de valor, los cuales se apoderaron del conocimiento jurídico-penal.

3.1. La ciencia y la dogmática del derecho penal

Sobre la definición de un derecho penal entendido como ciencia se han suscitado un sinnúmero de debates, valga la pena traer entonces, lo que parte de la doctrina ha entendido por la ciencia del derecho penal.

De acuerdo con Luzón Peña (2012),

Tradicionalmente se denominaba ciencia del derecho penal al estudio técnico del derecho penal positivo para su conocimiento y aplicabilidad, es decir, la dogmática jurídico-penal. Pero la disciplina científica que estudia el derecho penal, tiene una doble vertiente: la dogmática penal o estudio técnico-jurídico del derecho penal vigente, y la política criminal que valora desde el punto de vista político los objetivos y los medios de la prevención del delito [...]. (p. 33)

Por su parte, el tratadista colombiano Juan Fernández Carrasquilla (2005), manifiesta que:

En cualquier caso, puede hablarse de una ciencia jurídico-penal en sentido restringido, que se limitaría al análisis técnico y a la organización sistemática de las normas del derecho penal positivo (...). De éste modo, el estudio dogmático o técnico jurídico de las normas del derecho penal va de la mano con su valoración político criminal y con la investigación criminológica, extendiendo el objeto de estudio al comportamiento de todos los agentes oficiales y privados que intervienen en el sistema punitivo [...]. (p. 24)

Ahora bien, si se pregunta por el estado actual de la ciencia del derecho penal, sobre este particular manifiesta Mir (2002), que:

Tres dimensiones han de tenerse en cuenta frente a la denominación del concepto de ciencia del derecho penal: a) la consideración de la ciencia del derecho penal como ciencia social, en cuanto afecta la naturaleza (social) de los conceptos dogmáticos, ha de ofrecer la base de una elaboración realista, b) al nivel de control de corrección de la aplicación de la ley —objetivo último del método jurídico-penal— pertenecen: las modernas aportaciones de la hermenéutica y el pensamiento problema, como punto de partida para la formulación de un sistema abierto, c) la unión de política criminal y dogmática puede, por último, tener ahora el sentido de ofrecer la base científico-empírica a la contemplación de la realidad que postulan las anteriores perspectivas mencionadas. (p. 280)

Por su parte Bacigalupo (1998), sostiene algo de suma importancia en éste análisis: “La dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del interprete no es posible” (p. 27).

Según lo anterior, puede observarse que la dogmática ha constituido en diferentes lugares y tiempos, la clave fundamental sobre la cual se edifica el concepto de la ciencia del derecho penal, por tanto es imperativa una aproximación a su definición.

Según explica Zaffaroni (2000), refiriéndose al método y a la dogmática jurídica, “en definitiva, se trata de la necesidad de construir un sistema, es decir, de formar un conjunto ordenado enlazando sus elementos” (p. 74); más adelante, el autor argentino refiriéndose a su definición, sostiene que:

[...] La llamada dogmática jurídica, consistente en la descomposición del texto en elementos simples (dogmas), con los que luego se procede a construir una teoría interpretativa, que debe responder a tres reglas básicas a) Completividad lógica, o sea, no ser interiormente contradictoria [...] b) Compatibilidad legal, o sea que no puede postular decisiones contrarias a la ley. c) Armonía jurídica, también llamada estética jurídica según la cual debe ser simétrica, no artificiosa ni amanerada. (p. 74-75)

Al respecto, también sostiene Nino (2001) que:

Se suele calificar de dogmática una creencia en la verdad de una proposición que no esté abierta a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico acerca de si se dan o no respecto de ellas las exigencias del conocimiento

científico. Una creencia dogmática se funda exclusivamente en la convicción subjetiva o fe [...] obviamente respecto de la aceptación de las normas, por ejemplo, las que integran el derecho positivo, no se pueden sustentar creencias [...]. (p. 322)

Por su parte, la dogmática jurídico penal, advierte Roxin (1999), “es la disciplina que se ocupa, de la interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y (de las) opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal” (p. 192).

Como puede observarse, la dogmática corresponde a un modelo de pensamiento de raigambre racionalista, por tanto, es pertinente responder ahora a la pregunta acerca de la relación entre ella y el derecho positivo. En este punto debemos aludir al denominado iusnaturalismo racionalista, el cual pretende la fundamentación de una norma universal basada en la naturaleza de la razón humana, valiéndose para ello en modelos, sin duda, axiomatizados. Como lo anota Nino (2001), “los juristas racionalistas pretendieron construir grandes sistemas jurídicos, análogos a los que constituían los sistemas axiomáticos de la geometría, cuya base estuviera integrada por ciertos principios evidentes por sí mismos para la razón humana” (p. 323). Este modelo, pese a los enfrentamientos iniciales entre positivistas y racionalistas, fue aprovechado por los primeros, inclusive para la codificación europea durante los siglos XVIII y XIX.

De lo anterior, se puede deducir que la dogmática, como eje central del pensamiento científico del derecho penal, refleja un intento del positivismo por estructurar un método científico que permita organizar y sistematizar realidades incontrovertibles —dogmas— derivadas del razonamiento lógico, a partir de las cuales se obtenga un sistema generalizado de aplicación universal.

Esta definición fue funcional para utilizar el apelativo de “ciencia” en el derecho penal en las construcciones de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, porque como bien lo anota Roxin (2008), “uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema del derecho penal” (p. 193); aunado al problema descrito por el profesor alemán, recaen sobre la dogmática moderna críticas³ a las cuales los teóricos han intentado dar respuesta.

Según lo anterior, dentro de sus inconvenientes puede observarse que la cientificidad del derecho penal de hoy, presenta —en teoría— una concepción ambivalente en cuanto a su objeto de estudio, de un lado quienes incluyen la política criminal bajo la lupa científicista, y de otro, los que excluyen el ámbito

3 Sobre el particular véase: Mir Puig, (2002, p. 281) y ss, y así mismo véase, Bacigalupo, (1998, p. 29 y ss).

de la política criminal de su objeto, centrando el estudio dogmático exclusivamente en las disposiciones legales y las opiniones de la doctrina científica. Así mismo, la historia parece indicar que la denominación del derecho penal bajo la etiqueta de ciencia, es tan imperiosa que de la demostración de su científicidad dependen su validez y su legitimación.

Todo lo anterior debe ser contrastado con el derrotero histórico de la ciencia en su dimensión teórica, para comprender cómo interfiere la discrecionalidad del juez en el concepto de ciencia del derecho penal. A este tema se hará referencia a continuación.

3.2. La influencia de las ciencias exactas en el derecho penal

Como se indicó antes, desde la postura cartesiana hasta los años cincuenta del siglo pasado, el concepto de ciencia obedecería sin más, a criterios lógico-formales evidenciables en la práctica, con pruebas que condujeran al hecho positivo. Las ciencias exigían bajo el método causal explicativo, la precisión en la demostración de los fenómenos físico-naturales. Bajo éstas premisas, era imposible que el esfuerzo de Rocco y Von Liszt, al pretender hacer del derecho penal una ciencia, obtuviera jamás los frutos pretendidos, ello por la sencilla razón de que el juez a través de su discrecionalidad, apoyada como pilar fundamental del positivismo, interfiriera el curso de un resultado homogéneo en el transcurso de la actividad jurídico-penal, como se explicará más adelante de manera pormenorizada.

No sería sino hasta mediados del siglo XX, cuando los criterios de la ciencia darían un giro notable, principalmente con lo argumentado por Karl Popper (1962) en su *Lógica de la investigación científica*, quien propondría un criterio de “demarcación” con el propósito de diferenciar las proposiciones científicas de aquellas que no lo son, al trazar límites entre la ciencia y la metafísica; de tal forma que las proposiciones científicas tienen como característica principal la de ser “refutables”, en tanto pueden ser modificables en el tiempo con otros ensayos o experimentos, sin interesar la veracidad o no de éstos a la hora de ser refutadas. Obviamente, el pensamiento de Popper estaba en contravía del positivismo científico predominante, en donde se diferenciaba entre proposiciones contrastables como: *es de día o es de noche*, y los abusos del lenguaje como por ejemplo, *Dios existe*; en el positivismo como se ha anotado, esta última proposición carece de todo sentido, para Popper en cambio, ésta afirmación no carece de sentido, pero debe ser apartada de la ciencia. En términos generales, Popper pretende con su propuesta resolver el problema entre el empirismo y el

racionalismo, al manifestar que la teoría es anterior a los hechos, pero que los hechos necesitan ser contrastados con la teoría, éste ejercicio permite diferenciar las teorías aptas de aquellas que no lo son; de tal suerte que el conocimiento científico avanza en la medida que sea posible descartar teorías que contradicen la experiencia. A este ejercicio Popper (1962) lo denominará falsación, y este criterio, se convertirá en el pilar de su teoría y en el principal criterio de demarcación como capacidad de una proposición de ser falseada o refutada.

Esta postura trajo un debate muy importante con Wittgenstein, en el entendido en que para este último era preciso distinguir entre proposiciones con sentido y proposiciones sin sentido. El criterio de distinción, para Wittgenstein, era el del “significado”: las proposiciones científicas tienen significado, mientras que las que no lo tienen son conceptos metafísicos.

En este sentido, Wittgenstein (2009) aportaría algunas ideas clave para el cambio de pensamiento, en el sentido de orientar la existencia del mundo al mundo del lenguaje. Partiendo de la lógica, establece el autor austriaco, que la identidad entre el lenguaje significativo y el pensamiento es fundamental, pues el pensamiento como representación mental de la realidad se rige por la lógica de las proposiciones, de esta manera: la figura lógica de los hechos es el pensamiento o el pensamiento es la proposición con sentido. De este modo, si algo es pensable, ha de ser también posible, es decir, ha de poder recogerse en una proposición con sentido sin importar si la proposición es verdadera o es falsa. El pensamiento es una representación de la realidad. La realidad para Wittgenstein es aquello que se puede describir con el lenguaje, por tanto la realidad en el *Tractatus* es una *imagen* que resulta de un lenguaje descriptivo, y no una *realidad en sí*; por eso los límites de *mi* lenguaje son los límites de *mi* mundo.

A Popper le seguirían las posturas de Thomas Kuhn (2005), quien propendería por la demostración de la anti-linealidad de las ciencias, utilizando para ello el concepto de paradigma. Según Kuhn, las ciencias pertenecen a una suerte de nuevos paradigmas que se construyen indistintamente de la historicidad con la que se conciben; de conformidad con su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, el conocimiento científico se construye a partir de revoluciones periódicas que reemplazan el pensamiento antiguo por uno nuevo, generando así nuevos “paradigmas” de los que ha de partir la nueva ciencia.

Las anteriores posturas sobre el concepto de ciencia, serían para el derecho en general, y para el derecho penal en particular, como agua para el manantial, puesto que la pretensión de una ciencia decantaría ahora sobre criterios de textura abierta que permitirían al derecho ajustarse a esos presupuestos. Sin embargo, en el caso del derecho penal de hoy, como se expresó, se sigue

apelando a la dogmática y a la norma positiva —en especial a la ley— como justificantes científicas.

4. LA PARADOJA CIENTÍFICA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DERECHO PENAL

La ley penal —el tipo penal contenido en ella especialmente— es un objeto al que se debe acceder mediante las técnicas del lenguaje, su precisión, completitud y posibilidad de diferentes interpretaciones, no dependen en absoluto de criterios jurídico-penales, sino de la observación de la realidad, sin dejar de lado que al fin y al cabo, la utilización del lenguaje común para la elaboración de conductas futuras, sigue y seguirá siendo un criterio metafísico, en el sentido de que solo la realidad futura de los hechos puede ofrecer certeza sobre la concreción de la conducta en el tipo penal.

Otro tanto ocurre con la jurisprudencia penal, de igual forma que en la obra de Carroll (2005), en *Las aventuras de Alicia en el país de las maravillas*, la ley está dada, los hechos y pruebas son conocidos por las partes trabadas en la litis, por lo cual se puede afirmar que aparentemente el juez “sobra”; sin embargo, existe un margen de extravagancia en donde el juez puede fallar de una forma u otra. Cuando la ley presenta una antinomia, laguna o vacío, tenemos una “condena/absolución” que solo se materializa de una forma u otra en la sentencia. Este fenómeno pone al descubierto que el derecho penal, por muy concreto que sea en la ley, ofrece sin duda un enorme margen de probabilidades de las cuales el juez escoge una. El objeto “jurisprudencia” es profundamente relativo si partimos de la lógica de la argumentación, en donde el juez a partir de su propia razón interpreta ya no la “ley” —a falta de ésta, por ambigüedades y/o lagunas—, sino los hechos a partir de prejuicios.

La disyuntiva anterior en el derecho penal, es el resultado de los procesos de creación del concepto “ley” y del concepto “jurisprudencia”, porque la primera obedece *a priori*, a la hipótesis de la futura ocurrencia de los hechos, así, su completitud y excepciones de ambigüedad dependen de la “creatividad” y de la observación empírica de una realidad especulativamente posible en el futuro, cuyo fin es la evitación como norma de motivación, de la comisión de delitos a base de prevención general negativa; en tanto la segunda —especialmente en los casos de discrecionalidad— obedece a criterios argumentativo-rationales *a posteriori*, con la exigencia de la complementación de las lagunas, antinomias y vacíos dejados por la anterior, so pena de la negación de administrar justicia o de generar impunidad.

Esta paradoja, que es producto de la discrecionalidad judicial, se puede explicar así: la “ley” es un criterio que ofrece posibilidades conocidas: si (A) entonces (B), si (Y) excepción de (A), entonces (W). Teóricamente se cumplen postulados matemáticos no probabilísticos sino exactos; entre más único y perfecto sea el criterio lingüísticamente, mucho mejor. En tanto la jurisprudencia ofrece múltiples posibilidades, entorno a la discrecionalidad: si (No A) o (A relativa) entonces (infinito). No es posible por tanto la “ciencia del derecho penal” incorporada en el concepto “derecho”, e investigando con el mismo racero la ley y la jurisprudencia, porque son objetos distintos de conocimiento.

Así las cosas, si se revisa a la luz de lo anterior la dogmática como método sistematizador y orientador del derecho penal entendido como ciencia, frente a la discrecionalidad del juez penal, han de hacerse, por supuesto, algunos reparos.

Las categorías enarboladas como dogmáticas, han sido el fruto de la observación y crítica de conceptos, que a través del tiempo han fundamentado la orientación de toda una estructura tendiente a establecer cuándo a determinada persona, le es atribuible, a consecuencia de su actuar, una determinada pena. Entiéndase, como lo anota Velázquez (2009), que esas categorías son por ejemplo: la teoría del delito, las categorías de la acción, la imputación objetiva, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, las causas de exclusión de la conducta, etc.

Por tanto, la pregunta que ha de responder la dogmática, es ¿cuáles son los criterios definitorios y últimos de cada categoría? De suerte que, de no tener un criterio último y único en cada caso, el juez penal, enfrentará como se anotó anteriormente, una suerte de antinomias frente a los criterios orientadores de la estructura punitiva, ya no solo de la ley, sino de la estructura misma del derecho penal.

Si en este orden de ideas, observamos tan solo una de esas categorías dogmáticas, por ejemplo la culpabilidad, encontramos lo siguiente:

En una profunda exposición sobre la culpabilidad, manifiesta el profesor Fernando Velázquez (2009): “No obstante, en el derecho penal de las últimas décadas, se observan por lo menos tres corrientes sobre la concepción de la culpabilidad, que arrancan desde las más extremas opiniones liberearbitristas hasta las deterministas y pasan por intentos mediadores de diverso orden” (p. 799); a renglón seguido, explica el profesor colombiano, el significado del enfoque tradicional del concepto y su crítica debidamente fundamentada en seis aspectos, entre los cuales, cabe resaltar el último, en el cual manifiesta:

[...] Las relaciones entre política criminal, dogmática y el sistema jurídico penal que propiciaba este concepto de culpabilidad, llevaban a que las exigen-

cias político criminales se tuvieran que amoldar a las dogmáticas, cuando era y es evidente que el pensamiento problemático, tiene que primar sobre el sistemático [...] pues la política criminal tiene una posición autónoma y trascendente entre la dogmática y el sistema jurídico penal y es ella la que marca los límites últimos de la punibilidad. (p. 801)

Con posterioridad a esta exposición, resume Velázquez de manera puntual siete opciones dadas por la doctrina contemporánea, acerca del postulado de la culpabilidad, dentro de los cuales se destacan: el reemplazo del axioma *nulla poena sine culpa* por el principio de *proporcionalidad*, así mismo se propone su reemplazo por la *necesidad de pena*, de igual forma la doctrina propone su reemplazo por una noción funcional, dándole contenido con la *idea de fin*, cuya razón de ser es “la fidelidad para el derecho”.

Así, Velázquez (2009) termina su exposición mediante un balance, en donde manifiesta:

Vistas las objeciones, al principio de culpabilidad y las propuestas para reemplazarlo o complementarlo, el saldo de la discusión es desalentador y sorprendente [...] sustentando sus afirmaciones en Perrón y Roxin culmina diciendo “[...] debe aceptarse de una vez por todas, que la concepción ideal de la culpabilidad hasta ahora buscada, no parece posible por el momento [...]]. (pp. 804-805)

Pese a que en este apartado puede mostrarse la acientificidad del derecho penal por otros medios, lo importante aquí es resaltarla por la vía de la discrecionalidad judicial. Por ende, la respuesta a lo anterior puede estar dada, bajo el supuesto de que la falta de acuerdo en todos los tratadistas con respecto a la definición de cada categoría o presupuesto dogmático, no quiere decir que el derecho penal no sea una ciencia. Sin embargo, sobre ello la siguiente pregunta no se hace esperar: ¿cuál es entonces el objeto de la ciencia del derecho penal? ¿Una serie de opiniones particulares y concienzudas especulaciones antinómicas, a partir de las cuales el juez “discrecionalmente” escoge una para proferir una sentencia? En efecto, al no haber acuerdo previo sobre su contenido, es el juez, a través de su discrecionalidad, quien define el objeto de esa ciencia, dependiendo en últimas, de sus prejuicios particulares sobre la razón que considere mejor fundamentada al respecto de cada categoría dogmática.

En las ciencias empíricas, carece pues de importancia si se es partidario de una u otra teoría, por ejemplo si se justifica el Big Bang por la expansión del universo, o se justifican las teorías cuánticas del átomo para dar razón de ser al cosmos y su origen, o si finalmente se adhiere a la teoría de cuerdas.

En el derecho penal, entendido como ciencia social, es impermissible que su objeto y método se concreten cuando la sentencia pone fin al proceso, poniendo de manifiesto que la decisión última acerca de su definición, puede versar sobre los mismos objetos a los cuales se les han asignado contenidos distintos, así, la culpabilidad entendida en su aspecto psicológico, resulta distinta a la entendida en su aspecto normativo, y ello no depende en su aplicación práctica de lo dicho en la ley, ni como resultado de un juicioso análisis dogmático, sino del criterio que discrecionalmente en cada caso particular adopte el juez.

En éste orden de ideas, la discrecionalidad del juez penal sobre las antinomias de la dogmática, se convierte en principio y fin de la ciencia, sin duda, él la define tanto en su método como en su objeto.

4.1. La ley y la jurisprudencia son dos objetos distintos para la ciencia

Los discursos de la ley y de la jurisprudencia son muy diferentes a la luz de la ciencia, en la medida en que se presentan como objetos observables, investigables y determinables por separado.

La pregunta que cabe traer a colación ahora es ¿qué ocurriría si no existieran motivos generadores de discrecionalidad judicial?

En el supuesto del mundo maravilloso de R. Dworkin, de la “completitud del derecho”, en donde no existen motivos para la discrecionalidad judicial, el objeto *ley* y el objeto *jurisprudencia* dependen matemáticamente el uno del otro fusionándose, de allí la insistencia del autor norteamericano en que los casos difíciles no son tales y que por el contrario son de fácil resolución a través de los principios; el yerro del autor desde la órbita de la ciencia reside en que rampantemente está excluyendo al juez a fin de lograr un objeto único, que de ser así, nunca daría lugar a una diferencia entre juristas ante un caso legal, porque todos interpretarían de manera idéntica el derecho y “científicamente” la realidad empírica nos demuestra a nivel universal todo lo contrario.

El interés en este trabajo, de un lado, es demostrar la acientificidad del derecho penal a consecuencia de la discrecionalidad judicial, y de otro, explicar cómo el concepto de discrecionalidad judicial afecta de tal forma el derecho general y el derecho penal, que permite concluir que la ley y la jurisprudencia, a la luz de la discrecionalidad judicial, se presentan en el mundo real como objetos diferentes para la ciencia, y que su abordaje en pro de construir nuevos paradigmas que

permitan su aproximación, debe hacerse desde métodos distintivos, inclusive externos al derecho.

Por tanto, la tipicidad, en tanto categoría dogmática, junto con el principio de reserva o legalidad que implican la sujeción a la ley penal, exigen que el criterio “ley”, como objeto científico debe ser observado y estudiado desde las técnicas del lenguaje, su desconocimiento patrocina leyes sin sentido, ambiguas, oscuras e incompletas. Lamentablemente para los seguidores incansables del positivismo jurídico, el método a utilizar para lograr la aproximación a este objeto, es ajeno a todo sistema jurídico, residiendo —sin duda— en criterios de construcción lingüística, y obviamente bajo el imperativo de los criterios de la política criminal del Estado.

En tanto la “jurisprudencia” como objeto —en especial en los casos de discrecionalidad, en casos difíciles—, corresponde al mundo del argumento, y su respuesta metodológica-científica como se anotó anteriormente, está lejos de criterios jurídicos, ya que la omisión de criterios argumentativos en el discurso lógico judicial, es lo que en definitiva acarrea decisiones ambiguas, incompletas, oscuras y sin sentido.

Esta discusión, entre otras, es lo que ha motivado la construcción de lo que el mundo ha denominado discursos neo-legitimantes, los cuales pretenden dar respuesta científica a la construcción del derecho como ciencia y así mismo legitimar sus contenidos, a ellos haremos referencia a continuación.

Es de anotar que la ley no funge como objeto a adecuar en la jurisprudencia para proferir un fallo, sino que la ley ha sido creada hipotéticamente y su aplicación es profundamente aleatoria, el juzgador “salta” de un precepto a otro y de la protección de un bien jurídico a otro. Con lo anterior, se puede afirmar que en términos prácticos, si la jurisprudencia no tiene claro qué bien jurídico protege no está protegiendo ninguno.

Basta pues con la posibilidad de que ocurra una sola vez, para poner en duda el concepto de “ciencia”, la inestabilidad en la aplicación de la ley es contundente, y por supuesto, no sería de recibo edificar un paradigma científico sobre cada una de las sentencias a sabiendas de que decisiones del mismo nivel y rango fueron falladas de otra manera. En este sentido uno de los partidarios más acérrimos del derecho como ciencia, ha sido el filósofo argentino Eugenio Bulygin (2009), quien manifiesta:

Siguiendo a Aristóteles, entiendo por ciencia un conjunto de enunciados verdaderos y ordenados sistemáticamente, que nos transmiten conocimientos acerca de una determinada porción del universo. La ciencia jurídica no

tiene por qué ser una excepción: es un conjunto de enunciados verdaderos acerca de este fenómeno complejo que llamamos Derecho. Su función es fundamentalmente descriptiva. En esto coincido con M. Weber, Kelsen y Hart. No cabe duda de que el Derecho está basado en valoraciones, pero no veo imposibilidad alguna en describir las valoraciones sin valorarlas. Más aún, estoy dispuesto a pensar que “ciencia no valorativa” es un pleonismo y “ciencia valorativa” se acerca mucho a una contradicción en términos. (p. 85)

Sin embargo, ante la posibilidad manifiesta de la actividad discrecional de los jueces no le queda más que admitir:

Por supuesto, no todo lo que hacen los juristas, los jueces y los abogados puede ser calificado como ciencia. Pero en la medida en que describen el derecho y no hacen valoraciones, su actividad es científica. Ciertamente, los abogados y sobre todos los jueces cumplen además funciones políticas. En el caso de los jueces esto ocurre sobre todo cuando el derecho no contiene una respuesta unívoca a un problema jurídico; tanto en el caso en que haya más de una respuesta y éstas son incompatibles (antinomias o contradicciones normativas), como cuando el derecho no contiene ninguna respuesta (lagunas normativas). También puede suceder que la solución que ofrece el derecho esté formulada en términos vagos, de modo que no se sabe si el caso individual que tiene que resolver el juez está dentro o fuera del ámbito de aplicación de una norma general (casos de penumbra o lagunas de reconocimiento). (p. 86)

Ahora bien, si se observa directamente la jurisprudencia como objeto de estudio independiente de la ley, teniendo dos argumentaciones válidas, suficientes⁴, proferidas por el mismo organismo, justificadas, pero ante todo: discrecionales; el magistrado no puede modificar la ley pero sí modifica por completo los términos de su aplicación. Conocedores en teoría y en éste capítulo de ejemplos de la falla que produce la discrecionalidad, es viable preguntarse ¿cuál es y en qué consiste la ciencia del derecho penal? Preguntas ahora incontestables bajo el argumento único de la conciencia de la discrecionalidad judicial. No obstante, si se observa el derecho penal como conjunto “norma” se puede afirmar que existe una confusa visión de la realidad entre el “ser” y el “deber ser”, porque si la jurisprudencia no interfiriera en el derecho, no se presentaría esta dicotomía, sin embargo, el derecho penal sin jurisprudencia sería inútil, no aplicable.

4 Cuando hago referencia a la suficiencia me refiero a que cada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, trae consigo una carga argumentativa sustentada en abundante doctrina nacional e internacional, la cual ha sido resumida en éste trabajo por razones de espacio.

CONCLUSIONES

En resumen, en un momento histórico dado, el derecho penal, siguiendo la senda de la ciencia, asumió el positivismo científico para buscar su ratificación como tal. Así, en la medida en que la dogmática se presentó como un método que emulaba, a partir de la razón, elementos muy similares a las propuestas axiomatizadas de la física y la geometría, se intentó canalizar a toda costa una “ciencia” en la cual su objeto de estudio debería ser el derecho positivo, a la sazón del método antedicho. Sin duda, la dogmática logró iniciar un derrotero de sistematización y organización, en especial sobre la teoría del delito; sin embargo no logró su cometido, dado el auge de las ciencias del espíritu, y la inclusión del derecho al interior de las ciencias sociales, lo que generó una nueva mirada, como se anotó, en especial sobre el objeto de estudio de esta pretendida ciencia.

Las críticas al positivismo harían lo suyo, impulsando neo-teorías que han pretendido la legitimación del derecho desde otros ángulos, y de contera poniendo nuevamente en entredicho el modelo dogmático como justificante metodológica de la ciencia del penal.

Dentro de las críticas expresadas en contra del derecho penal como ciencia, poco y nada se ha dicho con respecto a la influencia que sobre el debate en cuestión, ejerce la discrecionalidad del juez. Este concepto en las pretensiones científicas de antaño y en la contemporánea, ejerce una influencia negativa, dado que genera una especie de paradoja que impide la posibilidad de ajustar en términos de ciencia al derecho penal.

Si se aplican los conceptos más básicos de la metodología de la ciencia, se podría observar que tanto la ley como la jurisprudencia, ni en la práctica ni en la teoría, se presentan como “ciencia” sino como objetos de la ciencia, ello porque como se anotó, la ley penal como objeto futuro y necesario para obtener organización y prevención de futuros comportamientos indeseados, debe ser abordada desde el lenguaje y toda la carga teórica que implica el constructo de un precepto, que ha de ser entendido ética y unívocamente por un conjunto de personas en un lugar y tiempo determinados, a consecuencia del rigor metodológico de un estudio político criminal, no es tarea de la tozuda “ciencia del derecho penal” ni de la dogmática contemporánea. Se puede pues observar, que a la hora de fallar discrecionalmente el juez, así como lo hace con la ley, lo hace con la dogmática, en un proceso inverso en el que se pretende adecuar los hechos dentro del precepto y no el precepto en los hechos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1991). "Lo racional como razonable", en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 31-35, 209-210.
- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Bacigalupo, E. (1998). *Principios de Derecho penal, parte general*, Ed. Akal/iure, Madrid.
- Bell, J. (1992). *Discretionary Decision-Making a Jurisprudential*, Ed. Keith Hawkins, Clarendon press, Oxford.
- Berlin, I. (1988). "Dos conceptos de Libertad", Tr. de Julio Bayon, (Original de 1958), en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid. Conferencia inaugural de la cátedra "Chichele" de teoría social y política en Oxford 1958. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/IV_1.pdf. (07-02-2012)
- Bonorino, P. y Peña Ayazo, J. (2006). *Filosofía del derecho*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Segunda edición aumentada, Bogotá.
- Bulygin, E. (2009). *Mi visión de la filosofía del Derecho*. Edición Digital, Alicante.
- Del Real Alcalá, A. (2010) "Deber judicial de resolución y casos difíciles", en *Panóptica*, No. 18, marzo-junio 2010, pp. 40-60.
- Diciotti, E. (1992). *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato, Analisi e Diritto*. Giappichelli, Ed. Torino.
- Duque Sandoval, O. (2007) "Concepciones del Derecho y Discrecionalidad Judicial", en *Revista Criterio Jurídico*, V. 7, pp. 59-106, Santiago de Cali.
- Fernández Carrasquilla, J. (2005). *Derecho Penal Fundamental*, 1ª Ed., Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá.
- Kuhn, T. (2005). *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid.

- Lifante Vidal, I. (2002). “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Revista Doxa*, No. 25, pp. 322, 416, 423, 425, 429, 418, Madrid.
- Luzon Peña, D. (2012). *Lecciones de derecho penal-parte general*, Ed. Tiran Lo Branch, Valencia.
- Mir Puig, S. (2002). *Introducción a las bases del Derecho penal*, Editorial Cata-pulta, Montevideo.
- Moreso, J. J. (2006). “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en *Revista Direito GV*, Vol. 2 No. 2, Jul-Dez 2006, pp. 13-30. Disponible en: http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp013-030.pdf
- Navarro, P. (1993). “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”, en *Revista Doxa Número 14*, pp. 262-266, Madrid.
- Niño, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Poper, K. (1962). *La lógica de la investigación científica*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Poper, K. (1983). *Conjeturas y refutaciones*, Ed. Paidós, Barcelona.
- Rentería, A. (2001). *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 3ª Ed, Fontamara, Ciudad de México.
- Rocco, A. (1986). *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Tr. Rodrigo Naranjo, Ed. Temis, Bogotá.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General*, Civitas Ediciones, Madrid.
- Ruiz Ruiz, R. (2010) “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 20, p. 123, Universidad de Jaén.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal parte general*, Comlibros, Bogotá.
- Virgolini, J. y Silvestroni, M. (2006). “Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho”, en *Revista Justicia para crecer*, No. 2. Lima. Disponible en: http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/jpc/justicia_para_crecer_2.pdf. (01-09-2012)

Von Liszt, F. (1984). *La idea de fin en el derecho penal*, Ed. Edeva, Valparaiso.

Wittgenstein, L. (2009). *Tractatus logico-philosophicus*, Ed. Alianza, Madrid.

Zaffaroni, E. (2000). *Derecho penal parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires.

ELEMENTOS Y TRÁMITES PROCESALES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA, LEY 1801 DE 2016

ELEMENTS AND PROCEDURAL STEPS IN THE CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA, LAW 1801 OF 2016

*Erwin Leonardo Niño Ochoa**

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2016

Fecha de aceptación: 8 de febrero de 2017

RESUMEN

El presente texto tiene como objeto principal describir los lineamientos procesales generales del Código Nacional de Policía y Convivencia, y en especial el trámite del proceso único de policía en sus dos vertientes, el proceso verbal de aplicación inmediata y el proceso verbal abreviado.

Palabras claves: Código Nacional de Policía y Convivencia, Derecho Policivo, proceso único de policía, procedimiento de policía, trámite policivo, orden público.

ABSTRACT

This text has the main purpose to describe the general procedural guidelines of the Código Nacional de Policía y Convivencia, especially the process of the unified police process on two fronts, the verbal process of immediate application and the verbal abbreviated process.

Keywords: Código Nacional de Policía y Convivencia, Police Law, Unique Police Procedure, Abbreviated Police Procedure, Police Procedure, Public Order.

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Probatorio de la U. Católica de Colombia, Especialista en Dirección de Recursos Humanos y Carrera Administrativa de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Magister en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales Contemporáneos del IAED, Mágister en investigación social Interdisciplinaria de la UDFJC, candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Baja California y titular de la Cátedra de Derecho Policivo de la Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Correo: leonardon8@hotmail.com

PRESENTACIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 1801, el treinta de enero de 2017, se termina un periodo de más de cuarenta y seis años en el cual se privilegió la división tradicional dentro de la dogmática del Derecho de Policía, que consideraba que a raíz del procedimiento aplicable —administrativo, contravencional, etc.— y la función o posición específica del Estado —como ente que ejerce función jurisdiccional y consecencialmente juzga disputas entre particulares o simplemente impone “sanciones” por comportamientos determinados—.

Existían los llamados procesos civiles de policía, los procedimientos administrativos de policía y los procesos contravencionales de policía —nacionales y especiales—; esta división fruto de múltiples reformas y producto de diversos enfoques, como el que pretendía aligerar la sobrecarga de los jueces penales asignándola a las autoridades administrativas de policía, y la que consideraba el derecho de policía, o mejor de convivencia, como secundario, o el hecho de aplicar procedimientos demasiado extensos a situaciones que requerían respuestas inmediatas, hicieron que en la práctica las resultados de tales procedimientos dejaran mucho que desear. Lo anterior, en el contexto de una perspectiva internacional de la Guerra Fría, hizo que los operadores de la norma se enfocaran en otros tópicos de su función, diferentes a la esencia del derecho policivo considerado como el derecho por y para la convivencia mediante acciones preventivas e inmediatas.

Fiel a esa tradición, la Corte Suprema de Justicia, en el examen de constitucionalidad que hiciere de algunos artículos del Decreto 1355 de 1970, anterior Código Nacional de Policía, tuvo como criterio prioritario la necesidad de la existencia de una norma que regulara la convivencia pacífica y armónica como orden social y como regulador de las diferencias cotidianas; desde aquellas épocas planteaba el maestro Manuel Gaona Cruz:

En el Estado contemporáneo, luego de haber cavado hondo en la lucha por las libertades ciudadanas contra las arbitrarias pretensiones del gobernante absoluto, se ha decantado una de las disciplinas reguladoras más controvertibles, permanentemente novedosa, de raigambre doctrinaria, que refleja de manera más próxima el grado de evolución social y cultural de los pueblos donde se aplica, inevitablemente previsor y, por lo mismo, condicionante de la libertad: es el Derecho de Policía. [...] El Derecho de Policía va por ahí, esa es su razón de ser, doctrinaria, práctica y mecánica; es el orden jurídico en que se apoya el orden social, y que determina el ámbito del orden público, que, entre nosotros, apunta a la preservación de la seguridad, de

la tranquilidad, de la salubridad, de la moralidad, de la economía, de ornato y del sosiego públicos.¹

El Código Nacional de Policía y Convivencia pretende recuperar como núcleo esencial del derecho de policía, el valor mayor de la convivencia como consecuencia y fruto racionalizado de la acción preventiva, educativa y de corrección por parte del Estado, frente a conductas que afecten el llamado “Orden Público”, entendiendo como tal las condiciones mínimas necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por parte de cualquier persona, en los diferentes aspectos de su vida, tanto íntima como social.

La Ley 1801, sería el primer Código Nacional de Policía y Convivencia expedido por el Congreso de la República y no mediante decreto con facultades extraordinarias, en un estado de excepción. La gran apuesta que hacen el legislador y los participantes en la construcción de la Ley 1801, es la creación del llamado proceso único de policía, que aunque paradójicamente esté dividido en el proceso verbal inmediato y proceso verbal abreviado, implica en su aplicación, por regla general, que sean simplemente dos partes de un solo proceso, o procedimiento que es como técnicamente debió haberse llamado.

En el tercer y último libro del Código Nacional de Policía y Convivencia aparecen las reglas procesales para la aplicación del proceso único de policía, iniciando el referido libro, en el artículo 213 del Código Nacional de Policía y Convivencia (en adelante CNPC), encontramos los principios del procedimiento, los cuales son diferentes a los principios fundamentales del código que aparecen en su artículo 8, lo anterior implica que los fundamentos o principios procesales, como criterios de regulación del proceso, deben aplicarse en armonía con los principios fundamentales del código en el trámite de todas sus etapas, y como se observará existe clara congruencia y armonía entre los mismos.

1. PRINCIPIOS PROCESALES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA

El principio de procedimiento establecido inicialmente es la oralidad, sustentado en la celeridad como factor determinante en la posibilidad real de asumir o no medidas correctivas, mediante una acción personal y directa del operador de la norma, pues el lenguaje hablado es la vía más idónea mediante la que se pueden tramitar este tipo de procedimientos, dada su naturaleza y fin último, pues permite que se aplique igualmente el principio de intermediación, el de publicidad y otros.

1 Corte Suprema de Justicia, sentencia 9/1982 MP Manuel Gaona Cruz. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_09_21_04_1982.html

Posteriormente aparece el principio de gratuidad, el cual es sin lugar a dudas uno de los elementos fundantes de la concepción misma de justicia, y más aún de esta justicia cotidiana; hay que recordar que el Maestro Roberto Pineda Castillo decía: “el derecho de policía es la Justicia en la calle”². Esto tiene dos implicaciones, principalmente que no es onerosa, no existen costas manteniendo la tradición del artículo 230 del Decreto 1355 de 1970, y eliminando el pago de peritos por los interesados, recayendo tal tarea, con la expedición de la nueva normativa, en los funcionarios de nivel central y descentralizado.

En cuanto al principio de inmediatez, como se refirió anteriormente, la prontitud en la respuesta idónea, en la protección o en algún reconocimiento por parte del Estado implica la legitimidad, y es ejercicio de prevención para evitar la escalada de los conflictos; este principio fue uno de los que el legislador tuvo muy en cuenta para la derogatoria de la Ley 232 de 1995 y la parte correlativa de la Ley 810 de 2003.

El siguiente principio procesal que rige el procedimiento único de policía es el principio de oportunidad. No debe ser confundido con el principio de oportunidad de naturaleza penal, pues su origen, trámite y consecuencias son totalmente diferentes; hubiera sido más acertado llamarlo principio de oportunidad en el tiempo, pues esta nomenclatura hace referencia expresa a su contenido, ya que junto con el principio de celeridad que aparece enseguida —que implica preteritoriedad de los plazos incluyendo al operador de la norma—, y el principio de eficacia que es el subsiguiente, se conjugan para obtener pronta respuesta por parte del Estado, llevando incluso a establecer en el artículo 227 del CNPC como falta disciplinaria grave, el incumplimiento de los términos establecidos por parte de las autoridades de policía.

Los dos últimos principios que relaciona la preceptiva son el de buena fe y el de transparencia. El primero de ellos como desarrollo del principio constitucional, que de acuerdo con lo establecido por parte de la Corte Constitucional, se debe tener en cuenta su esencial origen como parte del régimen jurídico de cualquier Estado y la relación que de su actuar con las personas se desprende, así como la interacción misma entre ellas. Al respecto en la sentencia 1049 de 2004, hubo el siguiente pronunciamiento:

En relación con el principio de la buena fe cabe recordar que es uno de los principios generales del derecho, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, el cual gobierna las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos, y que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico, informa la labor del intérprete y constituye un decisivo instrumento de integración

2 Pineda Castillo, Roberto. *Derecho de Policía, - Ensayos - Tomo I*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Plaza & Janés, 1998. p. 12.

del sistema de fuentes colombiano. En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.³

Lo que implica que dentro de las relaciones jurídicas se deba tener reciprocidad en la credibilidad, seguridad y confianza. Es importante aquí recordar que este principio, aunque de origen constitucional, dentro de los efectos procesales debe tenerse como simplemente legal, es decir que admite prueba en contrario y es deber del funcionario ser acucioso en la búsqueda de la verdad real y traslucirla en la verdad procesal para una justa decisión. En cuanto al principio procesal de transparencia, este permite a toda persona —no solo ciudadanos— presenciar los procesos —procedimientos— de policía e incluso grabarlos, como quedó establecido por el artículo 21 del Código Nacional de Policía y Convivencia.

2. EL PROCESO ÚNICO DE POLICÍA

Enunciados los principios, pasamos al ámbito de aplicación del proceso único de policía, el cual rige para las actuaciones adelantadas por quienes ejercen la función y la actividad de policía. Debemos recordar que la jurisprudencia, desde las épocas en que la Corte Suprema de Justicia ejercía el control de constitucionalidad de las leyes, y la doctrina subsecuentemente, han dividido en tres los elementos de que se compone el derecho policivo, a saber: el poder de policía, entendido como la facultad de expedir leyes y normativas de policía, la función de policía, como el ejercicio del funcionario de policía no uniformado y que forma parte de la administración —Inspector, Alcalde, Corregidor, etc.— y la función de policía que es meramente material y no jurídica, y a través de la cual

3 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1049/2004 MP Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-1049-04.htm>

se materializan las órdenes de policía. Hecha esta aclaración, aparecen en los artículos 16 y 20 del CNPC las referencias a la función y actividad de policía, pero en últimas, quienes deben aplicar el procedimiento único de policía son el personal uniformado de la Policía Nacional, los inspectores de policía, los alcaldes y las autoridades especiales de policía, todos con competencias diferentes, y el personal uniformado de la Policía Nacional con atribuciones diferentes de acuerdo con jerarquía y mando, siendo algunas delegables.

La iniciación de la acción de policía aparece en el artículo 215 del CNPC y establece que su trámite se inicia de oficio o a solicitud de cualquier persona, lo que conlleva en primer lugar, a que los menores de edad pueden solicitarla, al igual que las personas jurídicas y por supuesto los ciudadanos, y en segundo lugar, que no se configura claramente la existencia del concepto parte, aunque hará una aparición posterior en la normativa.

En cuanto a la competencia, al igual que en otras ramas del derecho, el factor territorial de la ocurrencia de los hechos es determinante de la jurisdicción y la naturaleza de la conducta. De otra parte, la medida correctiva a aplicar determinará el competente para conocer y consecuentemente el trámite a seguir; como puede ser el proceso verbal inmediato con su terminación en una medida correctiva o con informe policial, o el simple comparendo.

3. RÉGIMEN PROBATORIO

Vemos en el aspecto probatorio que además de incluir como pruebas las contenidas en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), se pueden aceptar como pruebas: el informe de policía, los documentos, el testimonio, la entrevista y el peritaje. Aunque algunos de estos medios de prueba sean reiterados en nuestro estatuto procesal general, se incluyen otros que son fruto de reflexiones hechas por el Congreso de la República, a partir de elementos y estadísticas de la práctica cotidiana, cuya incorporación se orientó a nutrir los argumentos y dar peso específico probatorio a actividades como las entrevistas —con las cuales se deberá tener en adelante, especial cuidado en su apreciación—; es importante resaltar que la práctica de pruebas en el proceso único de policía se ciñe a los términos y procedimientos establecidos para tal fin, sin que sea dable aplicar analogías o complementarlos con procedimientos traídos de otras normas.

Frente a las conductas cuya investigación y sanción será en delante de naturaleza policiva, y cuyo bien jurídico tutelado sea relativo a materia ambiental y de salubridad pública, se invierte la carga de la prueba, presumiéndose la culpa o dolo del presunto infractor, como lo establece el artículo 220 del CNPC. Norma sobre la que existió debate acerca de su constitucionalidad en el Congreso de la

República, pero que al final permaneció, en nuestra opinión con validez, puesto que sobre la materia ya existen diferentes pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, entre los que sobresale la sentencia C-595/2010.

4. LAS ÓRDENES DE COMPARENDO

Otra de las novedades del proceso único de policía de la Ley 1801 de 2016, es la naturaleza dual de las órdenes de comparendo que aparecen en el artículo 218. Ya que sus características le dan la posibilidad de ser en su contenido la decisión de aplicar una medida correctiva y a su vez, también ser una orden para comparecer ante el inspector de policía a tramitar un proceso verbal abreviado, o ser simplemente la orden de comparecer para el presunto infractor o solo la medida correctiva. En últimas, este documento público que solo puede ser impuesto por el personal uniformado de la policía, en su tenor emite una orden y/o establece una medida correctiva.

Para la imposición del comparendo por parte de los miembros uniformados de la Policía Nacional, se debe tener conocimiento comprobado de un comportamiento contrario a la convivencia, lo que implica que no es cualquier conocimiento sino aquel que ha sido sometido al rigor del análisis y la apreciación racional y comparada, con alguna prueba en que se sustente. Este comparendo, cuando cumple con lo anterior y de ser pertinente, contendrá además la medida correctiva respectiva, y al existir otro tipo de sanción policiva por la misma conducta se emitirá dentro del mismo la orden de comparecer ante el inspector de policía, lo cual constituye el contenido de la orden del comparendo. De otro lado, si se trata de conductas especiales, como por ejemplo la violación de normas del régimen de obras y urbanismo o la organización de eventos que involucren aglomeraciones de público, se enviará un informe policial al respecto y no se impondrá la orden de comparendo.

Para efectos pedagógicos podríamos definir el informe policial, al que hace referencia la norma, como el documento público que dentro del procedimiento único de policía es medio de prueba, y contiene en su texto un escrito en el cual se da cuenta de una información sobre hechos de los cuales se ha tenido conocimiento, participado o presenciado, y que constituyen conductas que podrían ameritar medidas correctivas.

Uno de los puntos a resaltar dentro del trámite procesal del proceso único de policía, en la etapa de comparendo, es la obligatoriedad de informar sobre los recursos que proceden y los términos para interponerlos, ya que esto permite un mejor ejercicio del derecho de defensa por parte de los implicados.

A continuación, expondremos separadamente los trámites del proceso verbal inmediato y del proceso verbal abreviado, recordando en todo caso, que el ejercicio del procedimiento implica para las autoridades uniformadas o no, el ejercicio de una función jurisdiccional, lo que lleva de suyo las responsabilidades civiles, penales y disciplinarias correspondientes, por acción u omisión, y en especial por incumplir los términos procesales que venimos enunciando.

5. PROCESO VERBAL INMEDIATO

En cuanto a los competentes para dar aplicación al proceso verbal inmediato tenemos a los comandantes de estación o subestación de policía, a los comandantes de centros de atención inmediata, y por último, al personal uniformado de la Policía Nacional. La distinción que hace la norma frente a los miembros de la Policía Nacional, está dada por la competencia para conocer los tipos de comportamientos con su correspondiente medida correctiva, y es allí precisamente —de acuerdo con la medida correctiva—, donde habrá que buscarse para encontrar la autoridad competente para conocer de cada uno de los comportamientos. Ya que en el artículo 209 del CNPC se estableció la competencia que tienen los comandantes de estación o subestación de policía y los comandantes de centros de atención inmediata, de forma taxativa conforme a la clase de medida correctiva, y en idéntica manera hizo lo propio el artículo 210 en lo que tiene que ver con el personal uniformado de la Policía Nacional.

El proceso verbal inmediato se inicia de acuerdo con los parámetros generales del proceso único de policía, tal como se refirió *ut supra*, es decir, de oficio o por solicitud de cualquier persona, acto seguido se debe identificar al presunto infractor, pues es remota la posibilidad de que ahora existan procedimientos con responsable “en averiguación”, como solía suceder afectando la eficacia del procedimiento. Ya identificado el presunto responsable, este debe ser abordado en el sitio de los hechos o donde se ubique, pues dada la naturaleza de las conductas que pueden ser objeto de medidas correctivas, no siempre permanecen en el sitio de los hechos las personas que generan los actos en contra de la convivencia. A esta persona se debe informar acerca de la conducta por acción u omisión que se le endilga, además que ésta constituye un comportamiento contrario a la convivencia y que puede ser objeto de medidas correctivas. Hecho esto debe de inmediato ser escuchado en descargos, haciendo el funcionario una primera ponderación de los hechos y realizando la mediación de las personas que tengan alguna disputa, salvo en los temas de que trata el inciso 4 del artículo 232 del CNPC.

Si llegaren a algún acuerdo quienes estén en conflicto, podrán suscribir un acta de mediación que hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo, como lo estableció el artículo 233 del CNPC, a saber:

Mediación. La mediación permite que el mediador escuche a las personas que se encuentran en situación de conflicto de convivencia y facilite un camino para encontrar una solución equitativa. De realizarse el acuerdo, se suscribirá el acta de mediación, donde se consignarán las obligaciones a cargo de cada uno de los interesados, la cual hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo. Parágrafo. En los procedimientos a que hace referencia el Título VII del Libro II, será obligatorio la invitación a conciliar.⁴

Y de no llegarse a acuerdo alguno con la mediación y habiéndose comprobado la conducta, se impondrá la respectiva medida correctiva, o en caso contrario, la autoridad se abstendrá de hacerlo.

Este procedimiento, aunque incluye dentro de los principios orientadores la oralidad, exige que se levante un acta en la cual conste el procedimiento especificando sus etapas y la suscripción de la misma, por parte de quien impone la medida como del infractor. Cuando se vayan a aplicar las medidas correctivas consistentes en la suspensión temporal de actividad, la inutilización de bienes, la destrucción del bien y la disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas, establece la norma que en el evento de que el infractor se negare a firmar el acta, este hecho también debe constar por escrito y en nuestro criterio, se requeriría también la suscripción del acta por parte de un testigo de la situación.

La orden de policía o la medida correctiva emitida dentro del proceso inmediato de policía por restricción normativa, solo es susceptible del recurso de apelación. En consecuencia, en el evento en que se llegare a interponer frente a la misma el recurso de reposición, este deberá ser rechazado de plano por su improcedencia.

De concederse la apelación, esta se hará en el efecto devolutivo, es decir que la orden de policía o medida correctiva se cumplirá independientemente del trámite de la alzada. Este asunto fue una de las materias que más llamó la atención del legislador en la motivación del código, y en la cual se hizo el mayor énfasis en su debate en el Congreso de la República. Puesto que bajo la Ley 232 de 1995, estos procesos se tramitan de conformidad con el libro primero del código contencioso administrativo, así como también con el mismo libro del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, entonces requerían de unos tiempos excesivamente largos para finiquitarse y

4 Ley 1801 de 2016, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=21&p_numero=1801&p_consec=45806

obtener, por ejemplo, una resolución de cierre o cese definitivo de actividades por violación a la Ley 232 de 1995. Una vez tomada la decisión, la apelación de esta debía concederse en efecto suspensivo afectando gravemente la convivencia durante años y convirtiéndose estos establecimientos en modelo a seguir por otros, con la consecuencia del deterioro de sectores enteros de las ciudades, ya que no se evidenciaba ni vislumbraba presencia efectiva del Estado frente a comportamientos contrarios a la convivencia y el orden público; y de llegar a confirmarse la sanción, muchas veces en la misma manzana donde funcionaba irregularmente el establecimiento de comercio ya habían cuatro o cinco de similares características.

Hemos dicho que el recurso de apelación se concede en efecto devolutivo, y que los competentes para conocer de estas decisiones que profieren son los comandantes de estación, subestación y centros de atención inmediata de la Policía Nacional o sus delegados, así como el resto del personal uniformado de la institución son los inspectores de policía, de acuerdo con su jurisdicción territorial asignada.

Siguiendo con el trámite, una vez concedida la apelación, el funcionario que impuso la medida correctiva o emitió la orden deberá remitir las diligencias dentro de las veinticuatro horas siguientes al inspector de policía respectivo. Aquí cabe resaltar el contenido del inciso segundo del párrafo segundo, del artículo 206 del CNPC, que prescribe: “Habrá inspecciones de policía *permanentes durante veinticuatro (24) horas* en las ciudades capitales de departamento, en los distritos, y en los municipios que tengan una población superior a los cien mil habitantes”⁵ (Cursivas fuera de texto). Esto implica la posibilidad real de que por lo menos en los municipios que se mencionan, el término de horas sea cumplido a cabalidad, pues esta es una de las grandes apuestas que compromete la verdadera eficacia del CNPC, y gran parte de la responsabilidad frente a su implementación exitosa, está en cabeza de los alcaldes y concejos municipales y distritales, pues son ellos quienes deben proveer los recursos para la puesta en marcha de los nuevos diseños institucionales de función pública, en cuanto a lo que tiene que ver con el talento humano, su capacitación y la logística para el desarrollo y cumplimiento de esta ley.

Habiendo llegado el expediente al inspector de policía, este deberá resolverlo dentro de los tres días hábiles siguientes, debiendo inmediatamente notificar por el medio más expedito y eficaz que tenga a mano para tales fines lo actuado. Cabe aquí hacer un llamado para que se evite implementar una serie de protocolos excesivos y manuales de minucia innecesarios, cuyo resultado suele ser que normas amplias que buscan la celeridad del procedimiento como las

5 Ibidem.

relativas a la notificación —cuyo fin último es dar a conocer y dar publicidad a la actuación—; con el ánimo de las administraciones más de controlar que de ser eficientes, se torna en un trámite formal que dilata el quehacer diario de los funcionarios y la respuesta oportuna por parte del Estado.

Para los casos en que no se dé el cabal cumplimiento a la orden de policía, al igual que en los casos de reincidencia, tales conductas generarán un nuevo proceso de competencia de los inspectores de policía mediante el trámite del proceso verbal abreviado, generándose así una nueva medida correctiva consistente en multa.

6. PROCESO VERBAL ABREVIADO

Para conocer del proceso verbal abreviado son competentes los inspectores de policía, los alcaldes y las autoridades especiales de policía. El trámite puede iniciarse de manera oficiosa o a petición de la persona que tenga interés en la aplicación del régimen de policía. Debe notarse que no aparece diferenciada la categoría partes, pues esta se aplica solo en determinados comportamientos contrarios a la convivencia, y que vendrían a ser los que en la división tradicional del derecho policivo corresponderían a los procesos civiles de policía y que en el Código Nacional de Policía y Convivencia, corresponde a las tipologías consagradas en el Título VII del Libro segundo, que inicia con el artículo 76.

En los casos en que el funcionario evidencie de manera directa la ocurrencia de una conducta contraria a la convivencia, consagrada dentro del CNPC y que esté dentro de su jurisdicción y competencia, podrá al configurarse la flagrancia, iniciar de inmediato la audiencia pública en el sitio de los hechos. Si la noticia de la conducta contraria a la convivencia proviene de escrito de querrela, se deberá citar a audiencia pública al querellante-quejoso, y al presunto infractor mediante comunicación escrita, correo certificado, medio electrónico, o por el medio más expedito e idóneo que se considere. Esta citación debe incluir además la tipología específica del comportamiento que se le endilga.

Ya el día de la audiencia, en el despacho del inspector de policía, se deben seguir los siguientes pasos para el trámite: en primer lugar, se debe conceder el uso de la palabra tanto al querellante-quejoso como al presunto infractor por un tiempo máximo de veinte minutos. Dentro de estas intervenciones se deben exponer los argumentos de cada uno, solicitar, exhibir y soportar las pruebas que pretende hacer valer o que considere que deben ser tenidas en cuenta. Posteriormente y ya concluidas las intervenciones, el inspector de policía invitará a los intervinientes a que concilien sus diferencias, concretamente las que dieron origen al proceso, proponiendo fórmulas de solución a las cuales las partes pueden acogerse o no. Esta etapa conciliatoria será de carácter obligatorio, por ser norma procesal de

orden público para todos los procesos, siempre y cuando no se trate sobre los temas consagrados en el inciso cuarto, del artículo 232 del CNPC, que establece:

*No son conciliables los comportamientos que infringen o resultan contrarios a las normas urbanísticas, ambientales, sanitarias, del uso del espacio público, del ejercicio de la actividad económica, de la libertad de circulación, de las interacciones entre las personas y las autoridades, los que afectan la integridad de niños, niñas y adolescentes, del ejercicio de la prostitución y del derecho de reunión.*⁶

Si se llegaren a conciliar las diferencias existentes que dieron origen al proceso verbal abreviado de policía, tal circunstancia se hará constar en un acta de conciliación y en ella se detallarán en forma clara y expresa las obligaciones de cada uno de los interesados. Con la suscripción y aprobación del inspector de policía de conocimiento, dicho documento de conciliación hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo, poniendo fin de esta manera al proceso y ordenando el archivo del mismo.

En el evento que no se llegue a un acuerdo, oportunamente, es decir cuando en la intervención anterior a la invitación a conciliar se han solicitado pruebas que sean obviamente adicionales a las expuestas, y si en criterio del inspector de policía estas pruebas son viables, pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos y consecuentemente las requiere para una valoración más rigurosa del asunto, prescindiendo eso sí de las que tiendan a comprobar hechos notorios o constituyan negaciones indefinidas, al igual que cualquier prueba de oficio que considere así, las decretará. Teniendo en cuenta, de advertir que existe la obligación por parte de los servidores públicos del sector central y descentralizado del nivel territorial de brindar los informes que sean necesarios y que solicite la autoridad de policía, en un término oportuno y en especial con relación a temas que requieran conocimientos técnicos especializados, es decir, realizar peritajes o experticias que servirán de prueba para la decisión del proceso.

Una vez decretadas las pruebas, estas deberán practicarse en un término no mayor a cinco días. Es importante aclarar que el auto que ordena pruebas no tiene recurso alguno por disposición expresa del inciso tercero del numeral cuarto del artículo 223 del CNPC: “Los recursos solo procederán contra las decisiones definitivas de las autoridades de Policía”⁷.

6 Ibidem

7 Ibidem

Una vez vencidos los cinco días como término máximo para la práctica de pruebas, estrictamente al día siguiente, la audiencia pública deberá reanudarse agotada la etapa probatoria y allí una vez hecha la valoración de las pruebas, el inspector de policía resolverá, debiendo sustentar su decisión tanto en las situaciones de hecho comprobadas como en el sustento de derecho aplicable a cada caso, y consecuentemente se abstendrá de imponer o impondrá la orden de policía y/o la medida correctiva si hay lugar a ello, debiéndose notificar la decisión en estrados, aunque no concurren los interesados. Cuando se haya tomado la decisión, deberá correrse traslado de la misma inicialmente a quien le fue favorable y posteriormente a su oponente, a efectos de que se pronuncien frente a los recursos que deseen impetrar. Se debe tener en cuenta que en el proceso verbal abreviado a diferencia del proceso verbal inmediato, existe el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación. Si en las intervenciones alguno o varios de los interesados y convocados interpone recursos, es su obligación sustentarlos inmediatamente, ya que una vez finalizadas las intervenciones el inspector de policía procederá a resolver sobre la reposición, así como sobre la concesión de la apelación. Esta última, de ser concedida se hará en el efecto devolutivo, salvo las relativas a la violación del régimen de obras y urbanismo, en las cuales se concederá la alzada en el efecto suspensivo, ordenando en todos casos su envío a la segunda instancia.

Concedido el recurso de apelación en todo o en parte, el inspector de policía deberá enviar a su superior funcional —no necesariamente jerárquico como aparece erradamente en la norma— en un término no mayor a dos días las diligencias, y quienes interpusieron la alzada tendrán una nueva oportunidad de sustentar y soportar sus alegatos, dentro de los dos días siguientes a la llegada del expediente, ante la segunda instancia, la cual contará con un término máximo para resolver de ocho días, contados a partir del recibo de la apelación.

Un término nuevo que aparece en el Código Nacional de Policía y Convivencia es el del cumplimiento de las órdenes ejecutoriadas, pues siendo en su mayoría decisiones cuya alzada siempre se concede en efecto devolutivo, solo es aplicable a las conductas por violaciones a la convivencia en temas relativos al régimen de obras y urbanismo, pues es el único caso en que se concede en efecto suspensivo, y por ende, una vez se encuentre en firme la orden de policía o medida correctiva impuesta, deberá ejecutarse en un término máximo de cinco días.

Muchas veces en el trámite de las querellas de policía se presentaba una inconveniente y recurrente costumbre, que además era utilizada de forma indebida para dilatar los procesos, y esta era la inasistencia de alguna de las partes. El Congreso de la República, consciente de esta realidad y a su vez basado en normas aún vigentes y de naturaleza policiva, las leyes 1445 y 1453, dio respuesta a estas situaciones, al establecer que se tendrán por ciertos los hechos endilgados

como comportamientos contrarios a la convivencia si no se asiste a la audiencia, caso en el cual podrá la autoridad entrar a decidir de fondo, salvo en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. Tal circunstancia fue regulada en el primer párrafo del artículo 223, de la siguiente manera:

Si el presunto infractor no se presenta a la audiencia sin comprobar la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, la autoridad tendrá por ciertos los hechos que dieron lugar al comportamiento contrario a la convivencia y entrará a resolver de fondo, con base en las pruebas allegadas y los informes de las autoridades, salvo que la autoridad de Policía considere indispensable decretar la práctica de una prueba adicional.⁸

Con ello, la posibilidad de dilación del proceso se disminuye enormemente, dando viabilidad a la aplicación de los principios procesales arriba enunciados; por lo tanto, con la inasistencia del implicado libre de fuerza mayor o caso fortuito se modifica el trámite procesal y en vez de ampliarlo se reduce ostensiblemente, pues existe como tal una presunción legal sobre la existencia de los hechos que originaron el proceso, aunque la misma acepte prueba en contrario, situación que con especial cuidado deberá analizar el inspector de policía.

Existe otra variable frente al proceso verbal abreviado y sucede cuando dentro de la audiencia inicial se decreta inspección ocular al sitio de los hechos. En estos casos, dentro del mismo auto que ordena las pruebas, el cual como se dijo no es susceptible de recurso alguno, se debe fijar la fecha y hora para la práctica de la diligencia, la cual deberá notificarse al quejoso y al presunto infractor de la norma de convivencia de forma personal. De no ser posible, se realizará dicha notificación con la colocación de un aviso en la puerta de acceso al lugar en donde se generaron los hechos objeto de proceso, o en su defecto en un lugar visible del inmueble, esto sí, con antelación mayor de veinticuatro horas a la fecha y hora para la práctica de la diligencia. Esta norma hace recordar la forma de notificación que traía la Ley 57 de 1905, y específicamente su Decreto reglamentario 992 de 1930, cuando se configuraba el extinto lanzamiento por ocupación de hecho, norma que sirvió de inspiración para este tipo de notificación debido a su efectividad.

Una vez notificados en debida forma los interesados, y llegado el día y la hora para la inspección ocular decretada, el inspector de policía se debe trasladar al lugar de la presunta ocurrencia de los hechos, en compañía de un perito que para todos los casos debe ser un servidor público técnico especializado, si esto fuere necesario —que en nuestro criterio siempre lo es—, y ya en el sitio escuchará a las partes, en esta ocasión, por un término máximo de quince minutos,

8 Ibidem

procediendo a practicar las pruebas que considere pertinentes dentro de la diligencia, realizando las preguntas concretas del experticio si no se han hecho desde el decreto de la inspección ocular, o ampliando el mismo en tópicos que sean necesarios y se evidencien en la diligencia, de lo cual se le correrá traslado al servidor público-perito, quien deberá rendir su informe técnico dentro de la misma diligencia. Es posible, por situaciones excepcionales que lo ameriten como de naturaleza técnica o de orden público, a juicio del inspector de policía, suspender la diligencia hasta por un término no mayor a tres días con el único objeto de que el servidor público-perito rinda su informe. Una vez reanudada la diligencia, bien sea en el sitio de los hechos o en el despacho del inspector de policía, se procederá a tomar la decisión que en derecho corresponda.

En los casos que el infractor o quien sea tenido como perturbador, dentro del plazo otorgado incumpla con la orden de policía o medida correctiva, la autoridad de policía competente ordenará a la entidad correspondiente la ejecución de la orden o medida a costa del obligado, y tales costos se podrán cobrar por vía de la jurisdicción coactiva respectiva. Además, se le iniciará un nuevo proceso de naturaleza penal por desacato de conformidad con el artículo 454 del Código Penal, que establece:

Fraude a resolución judicial o administrativa de policía. El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁹

7. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

En cuanto a lo que tiene que ver con la caducidad de la acción por hechos de perturbación, bien sea de inmuebles de uso público o privado, el artículo 81 del CNPC establece un término para acudir ante el personal uniformado de la policía, para el ejercicio de la acción preventiva por perturbación, el cual es de cuarenta y ocho horas siguientes a la ocupación. Este tipo de procedimiento es complementario al que nos trae en su artículo 80 el CNPC, pues su naturaleza se deriva de la obligación por parte del Estado de proteger la posesión y la tenencia, así como las servidumbres, dentro de las distintas modalidades que tiene el Código Civil en sus artículos de 879 al 945, de forma provisional.

9 Ley 599 de 2000, disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr018.html#454

Es importante destacar que dentro del término de caducidad de cuarenta y ocho horas, se inscriben las situaciones que anteriormente fueron llamadas lanzamiento por ocupación de hecho y que eran cobijadas en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y su Decreto reglamentario 992 de 1930. Normas éstas que en sentencia C-241 del 7 de abril de 2010 de la Corte Constitucional, se consideraron subrogadas por el Decreto 1355 de 1970. El pronunciamiento fue en este sentido:

La acción policiva prevista en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, coincide en sus elementos esenciales con lo previsto en el artículo 125 del Decreto Ley 1355 de 1970, con lo cual es posible concluir que el Código Nacional de Policía subrogó la acción de lanzamiento por ocupación de hecho, tanto para predios rurales como urbanos, prescrita en artículo 15 demandado y, además, amplió su contenido al autorizar, como se ha dicho, al ocupante no sólo demostrar el consentimiento expreso o tácito del “arrendador” sino cualquier otro justo título, derivado de la posesión o de una orden de autoridad competente¹⁰.

Al ser consideradas estas conductas como una especie del género perturbación, y más específicamente como una perturbación por despojo, cuando se presenten los actos de invasión, perturbación por despojo o similares puede acudirse a la Policía Nacional a pedir el amparo sobre estos inmuebles. En el evento que se haya producido la caducidad de este término —cuarenta y ocho horas contadas desde la ocupación—, se puede acudir ante el inspector de policía para solicitar la protección respectiva, pues esta protección para el trámite del proceso verbal abreviado tiene el mismo término de caducidad que cualquier otro tipo de comportamiento que afecte a la tenencia y posesión de los bienes inmuebles, que aparece en el parágrafo del artículo 80 del CNPC, que respecta a predios particulares y es de cuatro meses desde el momento de la perturbación u ocupación ilegal.

En cuanto a la perturbación de bienes de uso público, bienes fiscales, zonas de reserva forestal, bienes de propiedad privada afectados al espacio público, bienes de las empresas de servicios públicos o bienes declarados de utilidad pública o de interés social, cultural, arquitectónico o histórico, no hay lugar a la caducidad. En este tema se amplía el espectro de bienes protegidos por la inexistencia de caducidad frente a los hechos o actos de perturbación, dando mayor alcance a las normas de naturaleza constitucional, y en especial a los artículos 58, 63, 79, 80, 102, entre otros, ya que el artículo 124 del Decreto 1355 de 1970 únicamente hace referencia a los bienes de uso público y tradicionalmente estos bienes eran los que contaban con inexistencia de caducidad. Dadas las condiciones reales y objetivas de la vida contemporánea, y en especial la vinculación de privados en

10 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-241/2010, MP Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-241-10.htm>

el ejercicio cotidiano de la función pública, como es el caso de la prestación de servicios públicos por parte de particulares, esto motivó la inclusión de nuevas tipologías de inmuebles en esta lista de aquellos bienes sobre los que no procede la caducidad de la acción policiva. Ante lo cual, es de resaltar el importante papel que deben desempeñar los personeros, recordando la importancia de las funciones contenidas en el Decreto 1333 de 1986, en su artículo 139 numerales 1 y 7, que establecen:

Artículo 139. Son atribuciones del personero, que cumplirá como defensor del pueblo o veedor ciudadano, las siguientes: 1a. Velar por el cumplimiento de la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y órdenes superiores en el municipio; 7a. Demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público [...]”.

Es decir que la función de policía ejercida por los inspectores de policía, además de la iniciación oficiosa del trámite, también deberá ser promovida por los personeros locales y municipales en ejercicio de las funciones asignadas.

En cuanto a los demás tipos de conductas sancionables con medidas correctivas, el legislador no estableció un término para la caducidad de la acción de policía, razón por la cual, en aplicación del poder residual de policía, las autoridades que aparecen relacionadas en el artículo 13 del CNPC podrán atribuirles términos y consecuencias jurídicas policivas mediante reglamentos. Debiendo hacerlo lo más pronto posible, pues con el transcurso del tiempo y la inminente entrada en vigencia del Código Nacional de Policía y Convivencia, también urgirá su correspondiente reglamentación integral, así como el rediseño institucional para cubrir las obligaciones que se generan para la administración, en especial, en todo lo relativo a las inspecciones de policía que son el eje central de la Ley 1801.

En lo referente a la prescripción, esta se definió otorgando el mismo término y función que el contenido que traía como causal tercera del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, y que semeja a la causal tercera igualmente, del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, que es de cinco años contados a partir de la firmeza de la decisión.

8. OTROS ASPECTOS PROCESALES

Otro aspecto importante y en el que se vislumbra claramente la aplicación de los principios procesales que aparecen en el CNPC, que igualmente fueron

11 Decreto ley 1333 de 1986, disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1333_1986_pr003.html#139

tenidos en cuenta en la configuración normativa, se materializa en las nulidades procesales, las cuales se limitan al máximo, argumentándose en su debate la necesidad de evitar dilaciones, teniendo como consecuencia que exista una sola causal para la configuración de la nulidad y ésta es la que aparece en el artículo 29 de la Constitución Política.

El trámite de la nulidad, producto también de la materialización de los principios de naturaleza procesal ya enunciados, se caracteriza por los siguientes aspectos: como primera medida, la única oportunidad para interponerse es la audiencia, en consecuencia se deben rechazar de plano los escritos presentados con tal pretensión a menos que la autoridad que conoce del asunto estime lo contrario, caso en el cual deberá resolverlo en la continuación de la audiencia si la hubiere. En cuanto a los recursos, no procede apelación a la decisión que tome el *a-quo*, por ende tan solo es susceptible de reposición, al igual que la decisión inicial, y ésta deberá resolverse de plano, tales pronunciamientos deberán realizarse dentro de la misma diligencia.

Uno de los aspectos más criticables dentro de la parte procesal del CNPC tiene que ver con los impedimentos y las recusaciones, pues incorpora en su tenor como causales para recusar o por las cuales el funcionario debe declararse impedido, las mismas que trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las cuales aparecen en los artículos 130 y 11 del referido estatuto procesal, correspondiendo las primeras a los funcionarios que ejercen función jurisdiccional para resolver acerca de los medios de control, y las segundas, que se aplican a los funcionarios en ejercicio de la función administrativa dentro de los procedimientos administrativos. Según el criterio de algunos doctrinantes, los dos listados deben ser integrados como causales de recusación o impedimento porque la norma no diferencia cuáles son específicamente al incluirlas lingüísticamente a ambas. Otro sector de la doctrina —en el cual nos incluimos— considera que las causales aplicables son exclusivamente las que aparecen en el artículo 11 del CPACA, ya que si bien es cierto que el Congreso de la República no diferenció en el artículo 229 del CNPC cuáles eran las causales, dada la naturaleza policiva de los procesos que se van a resolver, por el desarrollo histórico de la materia y la utilidad como principio, habrá de llegarse a la conclusión que son las causales del artículo 11 del CPACA las que habrá de tener en cuenta para decidir a quién le compete tal obligación.

Según el CNPC, le corresponderá al superior jerárquico resolver sobre estos impedimentos y recusaciones. Esta redacción en técnica legislativa fue errada, ya que en términos de lógica jurídica debe ser el superior funcional y no necesariamente el jerárquico quien tiene esta carga, porque existe la posibilidad de crear autoridades especiales con función específica de segunda instancia,

sin que ejerzan función alguna como superior jerárquico sobre el a-quo, como sucede actualmente con los Consejos de Justicia.

En el caso de los alcaldes distritales, municipales o locales, resolverá el impedimento o recusación, el personero municipal o distrital. Novedad que requerirá de un exhaustivo seguimiento en la práctica, debido a la triple función que tendrán ahora los personeros como ente disciplinario, como agente del Ministerio Público y como autoridad que dirime impedimentos y recusaciones. Además, consideramos que no cuentan con un término lo suficientemente amplio para asumir con el cuidado debido el estudio de dichas causales.

CONCLUSIÓN

Podemos afirmar como conclusión de los temas procesales estudiados, que la gran apuesta hecha por el Congreso de la República con la expedición del Código Nacional de Policía y Convivencia, se materializará en la práctica a través del llamado procedimiento único de policía. Procedimiento desarrollado en sus dos vertientes: en primer lugar, con el proceso único de aplicación inmediata, de conocimiento del personal uniformado de la policía, cuya celeridad es su máxima virtud y más importante riesgo. Riesgo atemperado por los diferentes controles implementados, resaltándose entre ellos el hecho de que todas estas decisiones tienen apelación a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la decisión, de la cual debe conocer un funcionario que es autoridad no uniformada, como lo son los inspectores de policía. Y en segundo lugar, pero no menos importante, el proceso verbal abreviado de conocimiento de las autoridades especiales de policía, los alcaldes y los inspectores de policía, quienes tendrán igualmente a su cargo su trámite, en términos muy cortos, tanto en primera como en segunda instancia, constituyéndose así como los ejes fundamentales de la justicia policiva del país en materia de convivencia, esto es, en la garantía de una paz cotidiana.

En cuanto a la aplicación de los procedimientos, siempre es importante recordar que ambos —el proceso verbal inmediato como el proceso verbal abreviado— se inscriben dentro de la función jurisdiccional del Estado, por lo tanto, están sujetos al estricto control en sus términos así como a la aplicación de los principios y normas sustantivas contenidas en su tenor.

Por último, nunca estará de más recordar que la implementación y diseños institucionales recaen en el ejecutivo, dentro de sus facultades como expresión de su voluntad política, esto es, la idoneidad de medios y personas, eficiencia y eficacia de la función pública a su cargo que se demanda para que las normas puedan

desarrollarse, otorgando a los funcionarios las herramientas suficientes para la realización del deber ser de esta importante norma. Para ello es absolutamente necesario que las autoridades competentes se hagan cargo de la implementación de todos los aspectos, especialmente los materiales y financieros, y así lograr una real y eficaz aplicación del Código Nacional de Policía y Convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de Colombia. Ley 1801 de 2016. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=21&p_numero=1801&p_consec=45806
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-241/2010 MP Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-241-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1049/2004, MP Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-1049-04.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 9/1982 MP Manuel Gaona Cruz. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_09_21_04_1982.html
- Pineda Castillo, Roberto. *Derecho de Policía, Ensayos, Tomo I*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Plaza & Janés, 1998.
- Presidente de la República de Colombia. Decreto ley 1333 de 1986. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1333_1986_proo3.html#139

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
45

240

LA CONCILIACIÓN NO ES JUSTICIA

MEDIATION IS NOT JUSTICE

*Harbey Peña Sandoval**

Fecha de recepción: 4 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2016

RESUMEN

Este documento busca hacer aportes a la conceptualización de la conciliación como parte de la disciplina de resolución de conflictos desligada de la justicia. Para ello se presentarán argumentos teóricos y prácticos sobre la conveniencia de separar la conciliación de la justicia.

Palabras claves: conciliación, justicia, acceso a la justicia, resolución de conflictos.

ABSTRACT

This paper intends to contribute to the conceptualization of mediation as part of the field of conflict resolution apart from justice. It will present theoretical and practical arguments about the convenience to separate mediation from justice.

Key Words: mediation, justice, access to justice, conflict resolution

* Docente de Negociación en la Maestría en Derecho Privado y Económico de la Universidad Nacional de Colombia; Abogado y Mediador, Magíster en Análisis y Resolución de Conflictos, correo electrónico: harbeyps@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En Colombia y gran parte de los países latinoamericanos, la conciliación o mediación ha sido diseñada como un método alternativo de solución de conflictos (MASC). Como parte fundamental en la conceptualización de la conciliación como un MASC, es el hecho de entenderla como un método previo, anexo o como su nombre lo indica, alternativo, al sistema de justicia. El presente artículo busca analizar las relaciones que existen entre la conciliación y la justicia, con la finalidad de sustentar la hipótesis que la conciliación no es justicia o una forma de ella.

Para lograr el propósito de este documento se presentarán cuatro partes. En la primera se describen las disciplinas que dieron origen o soporte académico a la conciliación. En la segunda parte se abordan los fundamentos conceptuales de la conciliación y se comparan con los de la justicia. En la tercera parte se desarrolla una comparación entre la conciliación y la justicia desde un enfoque práctico. Y en la última parte, se hacen algunas reflexiones sobre la conciliación desde la perspectiva de la resolución de conflictos.

Para efectos de este documento, se tomarán como sinónimos, la conciliación y la mediación. Si bien es cierto que dependiendo del contexto de su aplicación, estos dos métodos de resolución de conflictos son diferentes, para efectos prácticos y en especial para el entendimiento de los lectores ajenos al contexto colombiano de la conciliación, se prefiere asimilar esta última y la mediación. Lo anterior teniendo en cuenta que en países como Estados Unidos, Argentina, México y Chile, entre otros, lo que denominan mediación, en Colombia se ha llamado conciliación. Como lo afirma Mera (2013), “en términos de mecanismos, los más frecuentes en la región son la conciliación y mediación. La diferencia entre conciliación extrajudicial y mediación, sin embargo, no es sustantiva en las legislaciones revisadas y no responde a las diferencias que hace la doctrina entre ambas” (p. 380). Otra opinión tienen al respecto Bernal y Restrepo (2006), quienes al responder la pregunta: ¿Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación?, afirman que la conciliación es una mediación activa donde la primera es el género y la segunda una especie.

1. ORIGEN DISCIPLINAR DE LA CONCILIACIÓN

Esta parte tiene como propósito indagar sobre el origen del movimiento de la conciliación en los Estados Unidos, donde se convirtió en un método de resolución de conflictos. Para lo anterior, primero se abordará el origen de la conciliación en el contexto académico de la resolución de conflictos, después se hará mención sobre la naturaleza interdisciplinaria de la conciliación; posteriormente

se revisa la propuesta de los centros integrales de resolución de conflictos en la Conferencia Pound, entendida como el “big bang” de los MASC, y finalmente se retomará la advertencia de la colonización y cooptación de la conciliación por una sola disciplina: el derecho.

Para comenzar el análisis de la conciliación relacionada con la justicia, es importante tener en cuenta el origen académico de la conciliación en los Estados Unidos, país donde en 1957 se creó la Resolución de Conflictos como una disciplina con el siguiente objeto de estudio:

Las razones que nos han llevado a este trabajo pueden resumirse en dos proposiciones. La primera es que el más importante problema práctico que enfrenta hoy la raza humana es el de las relaciones internacionales, más específicamente, la prevención de la guerra mundial. La segunda es que si el progreso intelectual debe ser realizado en esta área, el estudio de las relaciones internacionales debe hacerse como una iniciativa interdisciplinaria, tomando su discurso desde todas las ciencias sociales, e incluso más allá de estas [...] El conflicto es un fenómeno que se estudia en muchos campos diferentes: sociólogos, psicólogos, psiquiatras, economistas, y politólogos. Ocurre en muchas situaciones diferentes: entre los miembros de una familia, entre trabajadores y la gerencia, entre partidos políticos, e incluso dentro de uno mismo, así como entre las naciones. Muchos de los patrones y procesos que caracterizan el conflicto en un área también lo caracterizan en otros. La negociación y la mediación continúan en los conflictos laborales, así como en las relaciones internacionales. Las guerras de precios y peleas internas tienen patrones de una carrera armamentista. La frustración engendra agresividad tanto en el individuo como en el Estado. Los problemas jurisdiccionales de los sindicatos y las disputas territoriales de los estados no son diferentes. No es exagerado afirmar que de las contribuciones de muchos campos está emergiendo una teoría general del conflicto. El aislamiento de estos diversos campos, sin embargo, ha impedido la construcción de estas contribuciones en un todo integrado.¹ (An editorial, 1957, p. 1)

El Editorial de la *Revista de Resolución de Conflictos* confirma que en 1957 la conciliación era parte de las formas para resolver conflictos en las controversias laborales; sin embargo, ésta no había sido integrada a una disciplina con rigor académico ni científico. La resolución de conflictos surge como un campo independiente que busca integrar diferentes teorías sobre los conflictos para hacer propuestas que permitan comprender mejor el fenómeno complejo del conflicto, y con ello prevenir una guerra mundial. Ésta parte de la necesidad de unir varios conocimientos originados en múltiples disciplinas profesionales y

1 La versión en español es una traducción oficiosa.

para ello toma diferentes métodos de abordajes de conflictos, uno de ellos es la conciliación. Pero esta conciliación no solo se desarrolla en su ámbito inicial, el de los conflictos laborales asociados a reclamaciones jurídicas de empleados *versus* empleadores, sino que se introduce en un nuevo marco académico y profesional: la resolución de conflictos. Esta es una diferencia fundamental: entender la conciliación como una forma de negociación asistida entre dos o más partes para terminar una controversia, o como un método a través del cual se interviene en las raíces de los conflictos con la finalidad de lograr la solución de los mismos, toda vez que sus causas han sido comprendidas y transformadas.

Sumado a lo anterior, en el segundo número de la *Revista de Resolución de Conflictos*, los editores hacen un resumen de los diferentes abordajes sobre el estudio de los conflictos sociales en los siguientes términos:

Los psicólogos han estudiado los conflictos internacionales y los conflictos empleado-empleadores. Los economistas han investigado los conflictos de intereses entre las empresas y entre el gobierno y la economía. Los sociólogos han explorado las interrelaciones de la clase social y el estatus social, por un lado, y el comportamiento político, por el otro. Los politólogos han tenido que prestar atención a las rivalidades étnicas y religiosas que durante mucho tiempo han sido investigados por los antropólogos y psicólogos sociales. Los historiadores y los filósofos han visto el conflicto intercultural en términos de contradicción de ideas. En la medida en que los científicos sociales han intentado describir y explicar un modo específico de la interacción social de los conflictos sus investigaciones parecen compartir una base común, aunque por lo general una implícita. A pesar de las actividades mencionadas anteriormente, no ha sido hasta ahora que relativamente poco esfuerzo se ha concertado en poner los hallazgos en un solo lugar, para replicar investigaciones fructíferas y la integración de los conceptos y teorías relacionadas. Por lo tanto, parece que vale la pena descubrir que existe mucho terreno en común, así como examinar las diferencias en los enfoques del mismo fenómeno general.² (Approaches to the study of social conflict: introduction by the editors, 1957, p. 105)

Este segundo aspecto que resaltan los editores de la revista mencionada, resulta de suma importancia para el análisis de la conciliación. La conciliación es la consecuencia de diversos aportes desde diferentes disciplinas, o en otras palabras, la naturaleza de la conciliación es interdisciplinaria. A diferencia de lo que ha pasado en algunos países de Latinoamérica, incluida Colombia, la conciliación en el contexto estadounidense no es una institución de naturaleza jurídica, ni mucho menos jurídico-procesal. Al examinar la conciliación como

2 Ibid.

un método, se evidencia que los pasos que integran el método, las técnicas y propósitos de la conciliación, son aportes que tienen su origen en la psicología, la antropología, la economía, las matemáticas, el derecho, entre otras profesiones, no solamente una de ellas. Desde que se tuvo interés en la Resolución de Conflictos y de tomar un método como la conciliación, se consideró que previo a su desarrollo en un sistema como el de justicia, la conciliación obedecía a un campo de acción donde muchos profesionales tenían valiosos aportes a la teoría, práctica e investigación de la misma. El artículo citado de la *Revista de Resolución de Conflictos* fue el resultado de un coloquio sobre Ciencias Sociales dedicado al conflicto que se celebró en 1957, auspiciado por la Escuela de Egresados de la Universidad de Northwestern.

El origen de la conciliación es difícil de definir, lo que es claro es que los países de Latinoamérica importaron y adecuaron a sus sistemas de justicia lo que en Estados Unidos, desde 1976, se propuso con los programas de juzgados multipuertas (Hernandez-Crespo, 2008). El profesor Frank E. A. Sander (1983), a quien se le ha llamado el “padre de los MASC”, menciona al respecto lo siguiente:

La génesis del movimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos es compleja y difícil de precisar y muy poco se ha escrito sobre esto. En mi opinión, un número de fuerzas atrajo el interés de los MASC en el foco. Un factor fue que un número de antropólogos —como por ejemplo Laura Nader— estaban tratando de aplicar un poco de su trabajo sobre solución de controversias antropológica a los problemas urbanos de América. En segundo lugar, el movimiento de los derechos civiles y la guerra de Vietnam tuvieron los dos un impacto. Ellos provocaron la creación de la Oficina de Relaciones Comunitarias del Departamento de Justicia y el establecimiento en Nueva York del Instituto de Conciliación y Resolución de Conflictos (con la sigla en inglés IMCR), un grupo clave en este movimiento, que creció del trabajo de personas como Theodore Kheel, un conocido árbitro laboral y conciliador. Sus miembros querían ver si algunas de las ideas que habían demostrado su eficacia en la resolución de conflictos laborales podrían aplicarse en otras áreas. En tercer lugar, una gran cantidad de trabajo teórico estaba creciendo en lo que yo llamaría las diferentes modalidades de los mecanismos de solución de diferencias. Las personas involucradas en este trabajo estaban mirando las características de los diferentes tipos de mecanismos de solución de diferencias. Mi anterior colega en la Universidad de Harvard, el profesor Lon Fuller, fue sin duda uno de los líderes en esta actividad. Finalmente —y tal vez esto proporciona el ímpetu más urgente— la congestión, los costos, y el retraso en los tribunales impulsó y movilizó jueces, administradores judiciales, y otros a preocuparse acerca de las alternativas a los procedimientos tradicionales basados en los juzgados. Creo que este último factor es de hecho el menos importante. Mi interés se centra

*en la exploración de las características y la promesa de los diferentes tipos de solución de diferencias para ver si podemos desarrollar mejores formas más eficaces de solución de controversias para ciertos tipos de conflictos. Por lo tanto, la idea de que la conciliación va a resolver el problema de la congestión judicial me parece fundamentalmente equivocada.*³ (pp. 3-5)

Como se puede leer en el artículo del profesor Sander, en Estados Unidos el interés por la conciliación tuvo varios factores que confluyeron al tiempo. Uno de ellos fue el que en la Conferencia Pound, el profesor Sander (1976) propuso como solución a la insatisfacción popular en la administración de justicia y su congestión judicial, el crear centros integrales de resolución de conflictos —después llamados juzgados multipuertas—, donde la conciliación sería una de las “puertas”. Posteriormente, el concepto evolucionó y la conciliación no fue una opción en dicho centro, sino una “alternativa” a la administración de justicia. Sin perjuicio de esta motivación, es importante recordar las tres racionalizaciones que se han hecho de los MASC —entre ellos la conciliación—: 1. ser una solución a la congestión judicial, 2. ser un mecanismo de acceso, y 3. explorar la premisa que a determinados conflictos existen métodos adecuados para su solución. El profesor Sander se ubica en la tercera racionalización, y es ésta la más cercana a la disciplina de Resolución de Conflictos. Paralelo a esta forma de entender la conciliación, en Colombia se introdujeron los MASC en 1991 como mecanismos de descongestión de los despachos judiciales, lo cual conecta a la conciliación con el sistema de justicia.

Aunque se pueden rastrear, entre otras, dos dimensiones históricas de comprensión de la conciliación: i. como parte de la disciplina de Resolución de Conflictos y ii. como MASC, en particular una solución a la congestión del sistema de justicia, estas dos tuvieron desarrollos paralelos; lamentablemente, algo muy particular se ha venido generando entre estos dos campos de acción: la exclusión entre ellos. Así lo advirtió Robert A. Raven (1994), quien al referirse sobre el futuro de los programas de MASC anexos a los juzgados, dijo:

En 1976, la ABA copatrocinado la Conferencia Nacional sobre las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia (la “Conferencia Pound”). La Conferencia tenía como objetivo mejorar la administración de justicia a través del desarrollo de alternativas eficaces a la adjudicación tradicional. Quizá la propuesta más creativa y de mayor alcance que surgió de la conferencia fue el “multi-door courthouse”. El principio detrás de la propuesta multi-puertas era que los diferentes tipos de conflictos eran susceptibles a diferentes métodos de resolución. El reto, por lo tanto, era crear un centro integrado de resolución de disputas. En lugar de introducir

3 Ibid

sólo la “puerta” que lleva a la sala del juzgado, a los individuos se les ofrece una variedad de opciones para resolver sus controversias, incluidos la conciliación, el arbitraje, las juntas de revisión de mala praxis, y los servicios del ombudsman. [...] *Inclusión vs. Exclusión. Desde sus inicios, la Sección (de Resolución de Disputas de la ABA) determinó que quería reflejar en su membresía la diversidad de la comunidad de resolución de conflictos. Esta diversidad incluye trabajadores sociales, consejeros, empresarios, educadores y otros. Para dar cabida a los laicos, la Sección creó la categoría Asociados con la esperanza de que este grupo iba a jugar un papel fundamental en las actividades de la Sección. Algunos tribunales y las legislaturas, sin embargo, han comenzado a utilizar los grados educativos de los neutrales como base para regularlas. La Sección debe ayudar a los tribunales y las legislaturas en la elaboración de sus reglamentos con cuidado para que los proveedores eficaces de resolución de conflictos no sean excluidos.*⁴

Así las cosas, aunque en un inicio diferentes factores, movimientos y motivaciones confluyeron para que la conciliación fuera parte del interés de diversos grupos con finalidades compatibles, con el transcurso del tiempo se ha venido presentando un antagonismo que ha cambiado la naturaleza interdisciplinaria de la conciliación por una eminentemente jurídica y excluyente de profesiones diferentes al derecho. Esa conceptualización de la conciliación como un mecanismo alternativo a la justicia ha generado que hoy en día sólo se le comprenda como una forma más de justicia y no como un método de resolución de conflictos. Lo que alertó Raven en 1994, se ha convertido en una cruda realidad en las legislaciones de países en Latinoamérica: se exige que el conciliador sea abogado, como es el caso de Colombia y Argentina.

2. LA CONCILIACIÓN Y LA JUSTICIA

El objetivo de esta segunda parte es hacer aportes a la conceptualización de las diferencias entre la conciliación y la justicia. Para lograr lo anterior, primero se resalta que se ha asumido que la conciliación es justicia cuando dicha relación no ha sido probada o investigada; seguidamente se mencionan dos causas posibles para llegar a acuerdos donde la conciliación se enmarca en la resolución de conflictos; posteriormente, se enuncian los ejes de la conciliación desde la resolución de conflictos y el derecho; y finalmente se analizan cinco diferencias entre la conciliación y la justicia: i. Racionalidad, ii. Poder, toma de decisiones y los recursos, iii. Elementos centrales, iv. Objetivos y v. Práctica profesional.

4 Ibid.

La relación entre la conciliación y la justicia no ha sido siempre pacífica, por ejemplo, Charlie Irvine (2014) menciona que:

La disciplina de la resolución de conflictos tiene su propio problema: la supuesta brecha entre la conciliación y la justicia. “[La conciliación] no contribuye a la justicia sustantiva porque [ésta] obliga a las partes a renunciar a las ideas de los derechos legales durante la conciliación y centrarse, en cambio, en la resolución de los problemas [...] El resultado de la conciliación, por lo tanto, no se trata simplemente del acuerdo, se trata simplemente del acuerdo [...]” A pesar de este ataque (y los defensores de la conciliación han sido igualmente culpables de la retórica) han habido relativamente pocos intentos empíricamente para probar si la conciliación brinda justicia. Esto puede ser en parte debido a otra brecha importante: entre lo que existe y lo que es medible. Muchas investigaciones en conciliación se centran en la satisfacción de la parte o su sustituto, la satisfacción del abogado, junto con la celeridad, las tasas de procesos judiciales y el costo. Todos estos son razonablemente fáciles de medir a través de encuestas o entrevistas. La justicia es un concepto más resbaladizo.⁵

El artículo de Irvine evidencia que la conciliación no ha sido bien recibida por algunos sectores de la justicia, porque para ellos la conciliación limita la finalidad de la misma: la garantía de los derechos. La conciliación para ellos puede tener riesgos en la sociedad porque las personas son invitadas a renunciar a lo que podrían reclamar ante una autoridad judicial. Sin perjuicio de estas críticas, tampoco los seguidores de la conciliación han investigado a profundidad la relación o aporte de la conciliación a la justicia, más allá de afirmar que hace parte de un concepto amplio de justicia administrada por las mismas partes. La relación conciliación-justicia se ha tomado como cierta sin ser probada.

Ahora bien, a la pregunta: ¿qué determina la naturaleza del acuerdo entre las partes en conflicto si son capaces de llegar a una solución? West, Tjosvold y Smith (2003) afirman lo siguiente:

Una negociación se define en el diccionario Webster’s Unabridged como “un acuerdo entre las partes estableciendo lo que cada uno deberá dar y recibir en una transacción entre ellos”. La definición de “negociación” encaja en el concepto de “norma social” de las ciencias sociales. ¿Qué determina el acuerdo o norma social para la solución de las situaciones en conflicto? Dos ideas compatibles han avanzado en la respuesta a esta pregunta, una relacionada con “la prominencia de percepción” y la otra es la “justicia distributiva”. Schelling (1960) ha sugerido que las alternativas prominentes

5 Ibid.

*perceptuales cumplen una función clave en permitir a los negociadores lograr un acuerdo. La investigación ha proporcionado cierto apoyo a la idea de Schelling (ver Magenau y Pruitt, 1978, para un resumen). Homans (1961, 1974) ha sugerido que el principio de la justicia distributiva jugaría un papel en la determinación de cómo la gente decide asignar los premios y los costos para ser distribuidos entre los mismos.*⁶ (p. 21)

Así, los investigadores han identificado que lo que determina que dos partes lleguen a un acuerdo como solución a un conflicto pueden ser: 1. La prominencia de percepción —resolución de conflictos— y 2. La justicia distributiva —sistema de justicia basada en el derecho—. La conciliación se enmarca en la primera, toda vez que es voluntaria y busca cambiar la percepción que el conflicto ha ocasionado a las partes. La conciliación no hace parte de la justicia distributiva porque los acuerdos no son entendidos como la distribución equánime de las cargas, bienes y servicios en una sociedad en el marco de un sistema político.

Otro aspecto a tener en cuenta en el análisis de la relación entre la conciliación y la justicia, es el nuevo paradigma gana-gana que pregona la conciliación *versus* el paradigma ganar-perder que se le asigna a la justicia. Al respecto, José-Pascual Ortuño Muñoz y Javier Hernández García (2007) mencionan que el objetivo de la conciliación es la construcción de nuevas relaciones entre las partes que sean capaces de generar soluciones superadoras, en contraposición con el objetivo de la justicia que es determinar la responsabilidad como consecuencia de un conflicto. Afirman los autores que la conciliación se desarrolla sobre tres ejes:

a) La deslegalización, puesto que la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión; b) la desjudicialización, toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y c) la desjuridificación, ya que el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio. (2007, p. 8)

Sin embargo, el entender a la conciliación dentro de los tres ejes mencionados la introducen dentro del marco conceptual construido por una disciplina en concreto: el derecho. Lo anterior rompe con la naturaleza interdisciplinaria de la conciliación como un método de resolución de conflictos. La conciliación no responde a los ejes del derecho, la conciliación tiene sus propios ejes como principios: la autonomía de la voluntad de las partes o autodeterminación de las mismas, la confidencialidad, la informalidad, la neutralidad e imparcialidad, entre otros.

6 Ibid.

A la conciliación se le ha vinculado con el sistema de justicia desde el inicio de su institucionalización; sin embargo, la conciliación como un método de resolución de conflictos es diferente a la justicia de los juzgados, tribunales y cortes. Una primera diferencia es explicada por Jay Folberg (1983), cuando menciona la racionalidad de la conciliación en comparación con la justicia, de la siguiente manera:

La conciliación ofrece ventajas porque está menos atada a leyes sustantivas o procesales y por los supuestos o normas que dominan el proceso adversarial. La máxima autoridad en la mediación pertenece a las propias partes, quienes pueden diseñar una solución única que funcione para ellas sin preocupación por el precedente existente o por el que se pueden establecer para los demás. Con la ayuda del conciliador, las partes pueden considerar sus necesidades, sus intereses, y cualquier otra cosa que consideren pertinente, independientemente de las reglas probatorias o la ley sustantiva. A diferencia del énfasis del proceso de adjudicación, el énfasis en la conciliación no está en quién está en lo correcto o está equivocado o quién gana y quién pierde, sino más bien en el establecimiento de una resolución viable que mejor se adapte a las necesidades únicas de la familia. La conciliación se desarrolla en privado, de modo que los asuntos privados se pueden discutir libremente sin la preocupación de que la discusión se convierta en un asunto de interés público.⁷ (p. 7)

De acuerdo con lo expuesto por Folberg, la racionalidad en la conciliación se encuentra en las soluciones que las partes acuerdan basadas en sus criterios de resolución de conflictos, al contrario, las decisiones de la justicia se fundamentan en un sistema de normas sustanciales y procesales establecidas por el ordenamiento jurídico. En el primer caso, las fuentes del acuerdo están en lo que las partes consideran adecuado y que están bajo su voluntad; en el segundo caso, las fuentes son la ley, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, en las que los jueces basan sus decisiones, las cuales están por encima de la voluntad de las partes ya que representan la autoridad del Estado, los jueces administran justicia en nombre del Estado. Cuando las partes resuelven un conflicto en una conciliación no buscan hacer justicia, su interés es encontrar una solución a su controversia. En el caso del juez, su labor es hacer justicia, la cual está implícitamente definida en las reglas del derecho que aplica.

Una segunda diferencia entre la conciliación y la justicia, se encuentra en lo expuesto por Aubert (1967) sobre la justicia en términos de poder, toma de decisiones y los recursos disponibles por el juez. Para dicho autor, una vez las partes están en un juzgado, estas deben acatar la decisión que tome el juez y su

7 Ibid.

voluntad se somete a la del operador judicial. El poder del juez sobre las partes incluye la autoridad que tiene el Estado sobre los ciudadanos. ¿Cuáles son las herramientas del juez? Éste cuenta con su propio conocimiento, sus habilidades en el manejo del proceso y la posibilidad de recurrir a la fuerza del Estado. Existe una brecha, sin embargo, entre lo que el juez decide y la posibilidad de realización de sus decisiones. El juez carece de los medios para hacer posible que las situaciones que ha demarcado en sus sentencias permeen la sociedad. Este es un ejemplo que ilustra la manera cómo piensan los jueces en contraste con cómo piensan los servidores públicos de la rama ejecutiva. Los primeros deciden sin contar con los modos para hacer posible el cumplimiento de sus órdenes, y más allá, sus sentencias no consideran si el Estado cuenta con los recursos necesarios para ello; los segundos planifican basados en su capacidad institucional y disponibilidad financiera. El juez solo tiene control sobre las sanciones que establece el ordenamiento jurídico.

Contrario a lo que sucede en la justicia, en la conciliación el poder, la toma de decisiones y los recursos tienen una connotación muy diferente. En la conciliación el poder radica en las partes, son ellas quienes deciden el conciliador, el contenido del conflicto, cuánto tiempo dedican a la conciliación y en últimas, el acuerdo depende de ellas. Cuando las personas están en conflicto, suelen acudir a un tercero con poder para que tome decisiones por ellas, ese es el caso de los jueces. Uno de los propósitos de la conciliación es empoderar a las partes, trabajar con ellas para que así como generaron un conflicto, tienen en sus manos la posibilidad de cooperar y solucionar su controversia. Con el tiempo, en la medida que el Estado se consolidaba, requería que los ciudadanos le delegaran la facultad de hacer justicia y resolver sus conflictos, este proceso hizo que los ciudadanos perdieran su capacidad de autocomposición. Con la conciliación se rescata el poder de las partes guiadas por un tercero que es el conciliador, quien consciente de su poder, constantemente ayuda a las personas a retomar sus habilidades para la gestión de sus conflictos. Por lo anterior, es fundamental para la conciliación que las partes ejerciten su autonomía de la voluntad y controlen los resultados del acuerdo. Los recursos del conciliador son su conocimiento y habilidades en la resolución de conflictos, la realización y cumplimiento de los acuerdos conciliatorios depende de las partes. El impacto de la conciliación está en lograr que las personas modifiquen sus percepciones y generen cambios en sus relaciones y dinámicas de vida que causan los conflictos, para el cumplimiento de un acuerdo no se requiere el poder del Estado, nada se logrará si no se interviene en la cultura de los ciudadanos.

Para presentar la tercera diferencia entre la conciliación y la justicia, en la tabla 1 se hace un paralelo tomando como base los aspectos centrales de la justicia formal, enunciados por Carrie Menkel-Meadow (2014, p. 7).

Tabla 1. Paralelo entre los aspectos centrales de la justicia con la conciliación

Justicia formal	Conciliación
Reglas formales y claras de los procedimientos, conocidos o consentidos por las partes, incluyendo la asignación de las tareas en la recolección de pruebas	Reglas acordadas con las partes y diseñadas a la medida de sus necesidades para la solución del conflicto, no existe etapa probatoria
Transparencia / publicidad de la audiencia	La conciliación es confidencial y el conciliador está obligado a informar a las partes sobre sus vínculos con alguna de ellas
Neutralidad y desinterés de los que toman las decisiones: jurados y jueces	Neutralidad en relación con el resultado de la conciliación e imparcialidad, entendida como la carencia de favorabilidad por una de las partes
Acceso a la información para todas las partes (decir la verdad bajo la gravedad de juramento), con la confidencialidad limitada y otras políticas protectoras	Confidencialidad de la conciliación, las partes comparten la información que consideran les ayudará a tomar decisiones informadas
Decisiones basadas en los derechos o las reglas del Estado de Derecho. Con adecuados recursos legales autorizados por funcionarios públicos (jueces) o sus delegados (los jurados), con decisiones públicas y razonables que expliquen los resultados y sus fundamentos jurídicos para clarificar a las partes las normas y la justificación de la decisión, así como la orientación para otros en situaciones similares	El acuerdo conciliatorio se basa en los criterios de resolución de conflictos de las partes que les permitan la colaboración y beneficios mutuos, dicho acuerdo no es motivado, no existen recursos ante otras instancias y no requieren autorización de autoridades estatales

Agraega Menkel-Meadow (2014), comenta sobre la justicia formal que:

Todos estos elementos definen diversos aspectos del contenido de la concepción estadounidense (y anglo) del debido proceso. Desafortunadamente —para la justicia formal y las partes—, incluso algunos de los más firmes defensores de la necesidad de adjudicación en algunas circunstancias —por ejemplo, cuando son necesarios los “derechos” para hacer “lo correcto”— reconocen que algunas situaciones requieren diferentes elementos de solución de controversias o la toma de decisiones a nivel individual —por ejemplo, la familia o laboral— o a nivel social —la política—. Fuller reconoció que algunas relaciones —familia, laboral, relaciones comerciales con clientes— y algunas cuestiones —controversias policéntricas con muchas intersecciones que afectan situaciones mutuamente— se manejan mejor con otras formas de resolución: la conciliación. [...] Las partes podrían querer

“compartir”—por ejemplo, los niños en el divorcio— o preservar, en lugar de dividir, recursos. [...] Algunas comunidades podrían preferir resolver sus disputas dentro de las propias normas de la comunidad.”⁸ (pp. 8-9)

Esto es precisamente lo que sucede con los conflictos. No todos los conflictos pueden ser resueltos adecuadamente por el sistema de justicia formal. La conciliación puede asumir algunos conflictos sin necesidad de ampliar el concepto de justicia, ni de incluir a la conciliación como una forma de justicia. Por la razón anterior, la conciliación es un método de resolución de conflictos, no una justicia informal.

La cuarta diferencia entre la conciliación y la justicia radica en los objetivos que cada una promueve. La primera fortalece la civilidad social y la segunda busca eliminar la inequidad social. Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger (2012, pp. 2-46), desarrollan este aspecto desde una perspectiva de la conciliación transformativa y la justicia social. Esta última es entendida como:

Un estado de cosas en el que las desigualdades de riqueza, poder, acceso y privilegios —desigualdades que afectan no sólo a las personas, sino a clases enteras de personas— se eliminan o disminuyen en gran medida. La justicia social, en definitiva, significa el logro de la igualdad relativa de las condiciones —no sólo oportunidades— entre todos los grupos o clases dentro de la sociedad⁹.

Para dichos autores, la justicia social puede ser alcanzada mediante los procesos políticos y judiciales, ya que estos tienen el poder de cambiar a profundidad las inequidades sociales.

Al analizar la conciliación, Bush y Folger argumentan que su potencial radica en el fortalecimiento de la civilidad a través de la promoción de los valores de autodeterminación de las partes y el mejoramiento del entendimiento entre las mismas. Con la conciliación, las partes pasan por un proceso de educación cívica donde se trabajan los dos valores antes mencionados. La intervención del conciliador con las partes en conflicto se hace a través de la facilitación del diálogo, que es dirigido más no controlado. En la conciliación, las partes tienen conversaciones sobre la inequidad social —conflictos comunitarios con grupos marginados—, los desequilibrios de poder —conflictos laborales empleadores-empleados—, la falta de equidad en la distribución de los recursos —conflictos sobre vivienda—, derechos —conflictos con comunidad LGBTI— y obligaciones —conflictos de alimentos con menores—. Estos temas que se abordan, son

8 Ibid.

9 Ibid.

orientados por el conciliador con el ánimo de promover en las partes la reflexión y la comunicación. En palabras de Bush y Forlger:

[Las partes] pueden hablar y escuchar acerca de los efectos deshumanizantes y las consecuencias de las estructuras sociales establecidas, y pedir una a la otra responder sobre dichas preocupaciones. Ellas pueden considerar los recursos y el personal que tienen, o no tienen, para cambiar estas estructuras. Todas estas preocupaciones —tanto de justicia social micro y macro— se abordan a través de un proceso que se define de una forma única y fundamentalmente, por un profundo compromiso con el diálogo humano autodeterminado.¹⁰ (2012, p. 46)

En resumen, el potencial de la conciliación está en el fortalecimiento de la civilidad sin poner en riesgo la justicia social. El sistema de justicia hace intervenciones a través de sus decisiones para lograr poco a poco una sociedad más equitativa, y la conciliación busca un objetivo diferente que es la civilidad social a través del procedimiento conciliatorio, en el cual se abre un espacio para el diálogo, que permite una mayor autodeterminación y mejorar el entendimiento mutuo entre las partes. La conciliación trabaja en un nivel micro y la justicia en un nivel macro. Los objetivos de una y otra son complementarios, sin igualar o incluir la conciliación dentro de la justicia.

La quinta diferencia entre la conciliación y la justicia, se basa en lo que tres profesionales de la conciliación en Estados Unidos advirtieron sobre estas dos formas de resolución de conflictos. En una entrevista hecha por José C. Feliciano (1994) a tres abogados: John R. Van Winkle, Kathleen M. Severens y Lemoine D. Pierce, éstos mencionaron:

Pregunta: Desde su perspectiva, ¿es la audiencia de conciliación análoga a una audiencia de un juzgado?

En su respuesta John Van Winkle afirma que son diferentes y que requieren diversas habilidades de los abogados. En la conciliación el abogado debe escuchar atentamente para entender cuál es el conflicto e identificar lo que la parte realmente quiere, para ello debe hacer preguntas abiertas. En el juicio, el abogado no escucha porque tiene una idea de lo que quiere conseguir, se centra en auscultar los hechos, no se exploran los intereses de las partes.

El entrevistado agrega lo siguiente: “me gustaría clarificar un punto. En nuestra Sección de Resolución de Disputas [de la ABA], tenemos que ser conscientes de la tensión entre los abogados y los profesionales de resolución

10 Ibid.

de conflictos que no son abogados. Creo que es importante para los abogados entender que ha habido profesionales en este campo de resolución de conflictos desde hace muchos años, y que es pretencioso que los abogados se despierten una mañana y digan: "Oh, mira lo que hemos encontrado aquí", y asumir que no hay mucho por aprender de parte nuestra sobre los otros profesionales en este campo.

Pregunta: ¿Usted cree que los abogados tienen diferentes funciones, cuando representan a un cliente en un proceso judicial o una conciliación?

Responde Kathleen M. Severens que en la conciliación el enfoque del conflicto es más holístico, se enfoca en los intereses de las partes, se asume que las partes son las mejores personas para resolver su conflicto. Por el contrario, en el proceso judicial el conflicto es reducido al punto de vista jurídico, el juez como tercero le dice a las partes qué hacer. En la justicia el abogado asume la responsabilidad de representar a la parte ante el juez y asume un rol de asesor.

Pregunta: ¿Son los MASC en general y la conciliación en particular, sólo otra manera de ejercer el derecho?

La respuesta la da Lemoine D. Pierce diciendo que la conciliación no es una forma de ejercer el derecho porque una persona no tiene que ser abogado para ser conciliador. La conciliación no tiene nada que ver con los principios que rigen el derecho. Puede ser que los abogados sean los profesionales con mayores aportes a la práctica de la conciliación. Sin embargo, los aspectos sobre los cuales se basan los abogados no son aplicables a la conciliación como: normas, definición de lo conforme o contrario al derecho, la representación del cliente, el ejercicio de la autoridad, la defensa de las personas. Para muchos abogados, los programas de conciliación que conocen son los que están anexos a los juzgados, pero la mayoría de los conciliadores en Estados Unidos no son abogados y eso lo desconocen los profesionales del derecho." (Feliciano, 1994, p. 5)

3. LA PRÁCTICA CONCILIATORIA Y LA PRÁCTICA JUDICIAL

En esta parte, se busca diferenciar la práctica que realizan los profesionales de la conciliación con los de la justicia. Para ello, se elaboran tablas comparativas donde se esquematizan los contrastes desarrollados por tres autores: Torstein Eckhoff, Jordi Giró Paris y Ana Martín. En cada una de las comparaciones, dichos

11 Ibid.

autores encuentran que lo que hacen los conciliadores en la conciliación no se asemeja a la práctica de los jueces en la justicia.

Las diferencias entre la conciliación y la justicia no solo están en sus aspectos teóricos; en la práctica también existen contrastes significativos que hacen de cada una un área distinta en la intervención de los conflictos. Es un error el equiparar o intercambiar la conciliación y la justicia simplemente como formas de justicia no formal e informal. A continuación, se presentarán dos paralelos entre la práctica de la justicia y la conciliación.

La primera diferencia entre las dos, desde un punto de vista práctico, está fundamentado en lo mencionado por Torstein Eckhoff (1966) en su artículo “El conciliador, el juez y el administrador”. La tabla 2 relaciona dichas diferencias.

Tabla 2. Paralelo entre la justicia y la conciliación¹²

Justicia	Conciliación
La actividad del juez está relacionada con la jerarquía de las normas.	La actividad conciliatoria está relacionada con las narrativas de las partes.
La tarea del juez es tomar una decisión conforme a derecho.	La tarea del conciliador es ayudar a las partes a generar una narrativa alternativa.
El juez debe ver hacia el pasado, especificar los hechos que han tenido lugar y determinar las normas aplicables a los hechos comprobados.	El conciliador debe trabajar preferiblemente el futuro para facilitar la narrativa alternativa. El conciliador ayuda a las partes a analizar qué sucedería si el conflicto continuara.
La tarea del juez termina cuando conoce los hechos y las normas de derecho vigentes que se aplican al caso para resolverlo.	La tarea del conciliador termina cuando las partes han logrado un acuerdo y este las acompaña en el cumplimiento del mismo.
El juez debe ser independiente, pero solo es imparcial en el sentido de dar las mismas oportunidades a las partes para defenderse, al final del proceso pierde su neutralidad ya que toma una decisión que favorece a la parte que tiene el derecho.	El conciliador debe parecer imparcial.
El juez debe hacer énfasis en las normas aplicables al caso, las cuales, a pesar de ser duras, son la ley.	El conciliador debe hacer énfasis en que son más importantes los intereses de las partes por encima de quién tiene la razón.

12 La información de la columna de la izquierda es tomada de Torstein Eckhoff (1966) y la columna de la derecha está basada en la Escuela Narrativa de la Conciliación de Winslade y Monk (2000, 2008). Elaboración propia.

El segundo contraste está basado en el artículo de Jordi Giró Paris (1998), “La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa”, el cual se resume en la tabla 3.

Tabla 3. Paralelo entre la práctica comunicativa de la justicia con la conciliación¹³

Justicia formal	Conciliación
El conflicto es algo negativo que hay que superar con una acción exterior que resitúe en su “justo” punto el desequilibrio infligido por una de las partes.	El conflicto es el resultado de la colisión de las narrativas de las personas y la conciliación es un método por el cual se ayuda a las partes a construir historias alternativas de respeto, colaboración y legitimidad mutua.
El campo de la acción judicial son los conflictos destructivos de la alteridad.	El campo de la conciliación son los conflictos donde las partes pueden alternar.
La presentación ante el juzgado es obligatoria, por la fuerza de la ley.	La presentación a la conciliación debe ser voluntaria, donde las personas comparten sus narrativas.
La litis es la confrontación de razones y de intereses que al final del proceso obtendrá una sentencia que acabará con la incertidumbre de la discusión.	En las narrativas hay incertidumbres y existe colisión entre los discursos de las partes, éstas se transforman con una narrativa alternativa.
La justicia fuerza a la comunicación a través de la imposición de un proceso judicial regulado, que nivela las partes en el uso dialógico del lenguaje, y fuerza la resolución final del litigio situando a cada uno en su lugar “justo”, desde fuera del conflicto.	En la conciliación, la comunicación es voluntaria y el procedimiento es acordado con las partes, el trabajo del conciliador es externo al conflicto, el conciliador busca entrelazar las narrativas de las partes y resignificar sus percepciones.
El formalismo judicial es la marca de fuerza donde el juez al dictar sentencia porta la balanza y la espada.	La conciliación es informal y busca generar un espacio de confianza entre las partes donde el conciliador entreteje las narrativas de las partes.
La sentencia dicta el derecho, es decir, sitúa a las partes en su justa posición.	Las partes se sitúan en el conflicto y ayudadas por el conciliador, se resitúan en una narrativa alternativa.
La sentencia resolutoria dictamina el final del proceso y determina quién es la víctima y quién el agresor.	La narrativa alternativa, vista por algunos como solución del conflicto, será de respeto, colaboración y reconocimiento mutuo entre las partes, las posiciones de las partes se transforman con percepciones diferentes del conflicto.

13 La información de la columna de la izquierda es tomada de Giró (1998) y la columna de la derecha está basada en la Escuela Narrativa de la Conciliación de Winslade y Monk (2000, 2008). Elaboración propia.

El cumplimiento de la sentencia es el ejercicio de la fuerza pública del Estado.	El cumplimiento del acuerdo conciliatorio es responsabilidad de las partes.
La sentencia es una forma de superación de la incertidumbre de la discusión, que implican los conflictos internos que sufre la sociedad, a fin de preservar la paz social.	En la conciliación son las partes quienes asignan significados a sus conflictos y quienes entran en negociación de sus metanarrativas dadas por la sociedad.
La incertidumbre de la discusión termina gracias a la resolución impuesta desde fuera del conflicto por la autoridad del juez.	Puede ser que el acuerdo genere más incertidumbres porque implica cambios en las narrativas de las partes, eso hace parte del proceso que continuarán las partes.
La sociedad es un sistema de distribución de bienes, de cargas y de ventajas entre las diversas personas que la forman, y dentro de ella, la justicia es quien rige la medida de redistribución de los bienes y de las cargas a repartir.	La sociedad crea narrativas y estas pueden crear colisiones entre las personas involucradas, con la conciliación se busca transformar las narrativas de violencia por una alternativa donde los efectos negativos del conflicto son identificados y las partes se comprometen a cambiarlos porque rechazan lo que el conflicto les ha hecho.

El tercer contraste se abordará basado en las diferencias presentadas por Ana Martín (2012) en su artículo titulado “Mediación y abogacía: dos alternativas para resolver conflictos”, las cuales se resumen en la tabla 4. Si bien la autora presenta el paralelo entre la mediación y la abogacía, para efectos de este artículo se toma la información aplicada a la justicia y la conciliación.

Tabla 4. Paralelo entre el método¹⁴ de la justicia y la conciliación¹⁵

Justicia	Conciliación
La ciencia jurídica abarca, por un lado la investigación del derecho, es decir, la determinación y sistematización del derecho vigente: qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico. Por otro lado, también implica la interpretación y aplicación práctica del derecho, función propia de los abogados y operadores jurídicos.	La resolución de conflictos es la disciplina que tiene como objetivo construir relaciones sociales, institucionales y globales más resilientes; capaz de manejar los conflictos comunes de manera más eficiente y capaz de superar los conflictos graves que podrían destruir estructuras más rígidas. Para lograr este objetivo se analizan los conflictos y se interviene de manera que los conflictos puedan ser prevenidos, manejados y resueltos pacíficamente.

14 El método es entendido como el “proceso sistemático de ordenación de la actividad con el fin de llevar a cabo una función” (Schwartz & Jacobs, 1979, p. 2) según la citación hecha por Ana Martín (2012, p. 4)

15 La información de la columna de la izquierda es tomada de Ana Martín (2012) y la columna de la derecha está basada en la Escuela Narrativa de la Conciliación de Winslade y Monk (2000, 2008) y en la disciplina de resolución de conflictos (Miall, Ramsbotham, & Woodhouse, 1999; “Who we are | The School for Conflict Analysis and Resolution”, 2012). Elaboración propia.

<p>El método jurídico¹⁶ es la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del derecho, para el conocimiento, interpretación y aplicación de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para su enseñanza y difusión.</p>	<p>Uno de los métodos de resolución de conflictos es la conciliación, que es la suma de procedimientos técnicos que facilitan la comunicación entre las partes en conflicto para que estas ayudadas por el conciliador logren un acuerdo de respeto, elaboración y legitimación mutua.</p> <p>La conciliación parte de las teorías de conflictos para aplicar un método por el conciliador, basado en la teoría narrativa que ayudará a las partes a cambiar su narrativa del conflicto por una narrativa alternativa.</p>
<p>La metodología jurídica se basa en el paradigma positivista, que acepta que exista una realidad única y universal con independencia de quien la observa. Esta metodología se concreta en la dogmática jurídica que se basa en un dogma: la fuerza obligatoria del derecho positivo.</p>	<p>El método narrativo de conciliación se basa en que los conflictos surgen de la colisión de las narrativas de las partes, las cuales son complejas. El conflicto hace parte de la convivencia en sociedad y lo que se busca es cambiar sus efectos negativos. No existen dogmas en la conciliación, se parte de la base que la realidad es interpretada por las partes a través de sus percepciones del conflicto. La conciliación interviene en los significados de las narrativas de las partes.</p>
<p>La dogmática jurídica suministra sistemas de soluciones coherentes, completos, precisos y adecuados axiológicamente para subsanar las carencias de los textos creados por el legislador. Mediante su aplicación, los abogados adecúan la formulación del derecho objetivo, neutro y abstracto, a la solución de un conflicto jurídico concreto.</p>	<p>La conciliación se basa en teorías y modelos de:</p> <ul style="list-style-type: none">• Conflictos• Análisis de conflictos• Intervención en conflictos <p>En particular, la conciliación tiene sus propias teorías de conflictos, análisis e intervención basados en la narrativa.</p> <p>El conciliador desarrolla el siguiente ciclo de práctica reflexiva: i. conoce la teoría, ii. se prepara, iii. aplica la teoría y iv. reflexiona sobre lo que hace y está haciendo en su intervención del conflicto.</p>
<p>La metodología jurídica, cuenta con el proceso judicial como instrumento formal por medio del cual los órganos judiciales del Estado cumplen su función jurisdiccional y los ciudadanos ejercen el derecho de tutela judicial.</p>	<p>El conciliador cuenta con un método de conciliación:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Etapa de inicio: se contextualiza la conciliación y se establecen los acuerdos sobre cómo se desarrollará.2. Narrativa del conflicto: se desarrolla la narrativa del conflicto de cada una de las partes.3. Mapeo del conflicto: se identifican los efectos negativos del conflicto.4. Narrativa alternativa: se construye una narrativa alternativa a la narrativa del conflicto.5. Contraste de las narrativas: se presentan las narrativas del conflicto y la alternativa, las partes deciden cuál continuar.6. Acuerdo: se construye un acuerdo que realice la narrativa alternativa.7. Cierre: se elabora el acta de conciliación.8. Seguimiento: se contacta a las partes para apoyarlas en su narrativa alternativa.

<p>Existen distintos procedimientos en función de las pretensiones formuladas por las partes, se puede definir como la sucesión de actos regulados por la ley para la obtención de un procedimiento judicial. El proceso judicial se estructura y desarrolla en orden a la determinación de los hechos, la fijación de la norma aplicable y su interpretación para la determinación de las consecuencias jurídicas.</p>	<p>La conciliación narrativa es una de las escuelas de conciliación, también existen la evaluativa o facilitativa (problem solving de Harvard) y la transformativa. Depende del conciliador seleccionado, las partes acordarán con el operador si el tipo de conciliación es lo que buscan para la solución de su conflicto. Las escuelas de conciliación son aplicables en un marco jurídico que permite el desarrollo de la conciliación.</p>
---	---

Otra diferencia fundamental entre la conciliación y la justicia, es la mencionada por Ana Martín (2012, p. 8) sobre la hipótesis. Los abogados en su papel de litigantes formulan una hipótesis para ganar el proceso judicial y con base en ella desarrollan su argumentación jurídica. Por su parte, el juez también formula una hipótesis que es la que sustenta en su decisión a través de una sentencia judicial. Para la toma de decisiones, el juez ha tenido en cuenta los aportes de cada una de las partes procesales. En la conciliación la hipótesis tiene una finalidad diferente: le sirve de guía al conciliador para confirmar su comprensión del conflicto y para ello se vale de herramientas como las preguntas. En el caso de la justicia, el juez valida su hipótesis si su sentencia no es revocada por un superior; en la conciliación, el conciliador valida sus hipótesis con las narrativas de las partes.

4. REFLEXIONES FINALES

En las tres partes anteriores del presente documento se buscó brindar elementos para el análisis de las diferencias entre la conciliación y la justicia. En esta última parte se compartirán siete reflexiones sobre la conveniencia de separar la conciliación de la justicia, desde una perspectiva disciplinar de la resolución de conflictos.

Los *usuarios*: cuando la conciliación se fue conceptualizando y diseñando académicamente, su propósito fue servir como un método para resolver conflictos. En los eventos en que dos o más personas tienen un conflicto, éstas buscan salir de esa situación. Para lograr la superación de los conflictos, se pueden tomar varias vías o alternativas, al optar por la conciliación, el conciliador informa a las partes lo que se puede hacer y lo que no. La conciliación narrativa empodera a las partes para que éstas construyan una historia alternativa, no para que ellas hagan justicia. Los usuarios en las audiencias de conciliación no mencionan en

16 Según cita hecha por Ana Martín (2012, p. 4) de M. Ossorio (1987)

sus narrativas que sus objetivos son administrar justicia, que se haga justicia en sus casos o se garanticen sus derechos supuestamente violados. El que habla de justicia es el conciliador, es él quien coloniza las narrativas de las partes indicándoles que lo que se logrará en la conciliación hace parte de la justicia. Si el interés que tienen las partes en conflicto es encontrar una solución, la conciliación les sirve como método para ello, diferente es lograr “justicia” en los términos jurídicos de la conciliación. Es conveniente separar la conciliación de la justicia para brindar a los ciudadanos lo que ellos buscan: la resolución de sus conflictos.

La política pública: el Estado ha sido uno de los mayores promotores de la conciliación. Al diseñar y desarrollar políticas públicas, los gobiernos asimilan y permean los conceptos convirtiéndolos en instrumentos para lograr los objetivos del Estado. Al tomar el Estado la conciliación como una herramienta para solucionar sus problemas de barreras de acceso a la justicia y congestión de la rama judicial, terminó asumiendo la conciliación como parte de una política pública de servicio al ciudadano, más no para desarrollar el propósito con el que fue creada la conciliación en la disciplina de resolución de conflictos. El Estado puede terminar sacrificando la conciliación cuando sus recursos no alcanzan —ejemplo: limitar la confidencialidad en los casos donde no pueden construir salas de conciliación para sus servidores públicos que concilian—, cuando requiere lograr mayor cobertura —ejemplo: autorizar a los servidores públicos para conciliar sin exigirles formación en conciliación—, cuando quiere masificar la solución de una problemática —ejemplo: convertir en conciliables situaciones de hecho como la declaración de uniones maritales—, cuando no encuentra soluciones adecuadas en su propio sistema de justicia —ejemplo: despenalización de los delitos ya que las cárceles están hacinadas—, cuando prioriza la atención de conflictos que considera relevantes en un determinado sistema y deja a la conciliación otros de menor relevancia —ejemplo: violencia intrafamiliar—. Es conveniente separar los intereses de la conciliación de los intereses de la política pública en materia de justicia, para que los propósitos de esta última no se impongan.

Las instituciones: Así como el Estado puede llegar a instrumentalizar la conciliación para que sirva a sus propósitos, lo mismo puede suceder con las instituciones. Al establecer que un ministerio, una Corte o una entidad pública tengan como función el promover y a la vez controlar el desarrollo de la conciliación, se podría llegar a una intervención indebida en la conciliación por parte de las instituciones. Para la operación e implementación de la conciliación se requieren unos mínimos y éstos se pueden ver seriamente limitados cuando se permite que las instituciones públicas sin ningún tipo de exigencias ofrezcan servicios de conciliación. En el caso colombiano, es ampliamente conocido el bajo nivel de conocimiento técnico de la conciliación por parte de las fiscalías, notarías,

inspecciones de trabajo, comisarías de familia, defensorías de familia, entre otras entidades que cuentan con funcionarios habilitados para conciliar. La conciliación no es un método que pueda aplicar cualquier persona en razón de su cargo y mucho menos entregarse a una institución en virtud de la ley. Los ciudadanos acuden a las instituciones públicas para resolver sus conflictos, al ser atendidos por determinados funcionarios que no cuentan con la preparación debida y que además no tienen compromiso con el ejercicio profesional de la conciliación, el ciudadano se verá sometido a una experiencia que dista mucho de lo que es una verdadera conciliación. Con esto se tergiversa el mensaje que se quiere entregar: generar una cultura de conciliación cuando quien ofrece el servicio no tiene cultura conciliatoria. Es conveniente separar la conciliación de las instituciones y servidores públicos que trabajan en estas. La conciliación debe ser aplicada por quienes se preparan y deciden hacerlo por convicción profesional, no porque hace parte de sus funciones laborales.

La *teoría*: La conciliación como método de resolución de conflictos está basada en teorías de conflictos. La justicia y el derecho no han estudiado el conflicto y por ello no han elaborado modelos y teorías para analizar y resolver los mismos. La justicia tiene unos objetivos que son diferentes de los objetivos de la conciliación. Es inconveniente incluir a la conciliación dentro de la “sombra” de la justicia, porque cada una tiene bases teóricas diferentes y por lo tanto han sido diseñadas con propósitos divergentes, aunque no contrarios y hasta podrían ser complementarios. En la justicia se busca la verdad procesal, en la conciliación se parte del concepto que un conflicto son percepciones y por lo tanto, la verdad es irrelevante. En la justicia se tiene en cuenta lo que puede ser probado, en la conciliación basta con las narrativas de las partes. En la justicia se atiende una necesidad jurídica y se resuelve un problema jurídico, en la conciliación se atiende un conflicto y se busca llegar a comprender las causas del mismo para su solución. En la justicia se aplica un sistema de normas, en la conciliación se trabaja con la comunicación entre las partes. Se podrían seguir anotando las diferencias teóricas entre la conciliación y la justicia, cada una tiene su espacio en la sociedad, pero la teoría de la conciliación no obedece a la teoría de la justicia y por esta razón es conveniente separarlas. Si se continúa conceptualizando la conciliación desde el lente de la justicia, la conciliación no podrá lograr su propósito de resolución de conflictos.

La *práctica*: la aplicación de la conciliación también se ve seriamente comprometida cuando se une al concepto de justicia. Uno de los ejemplos más ilustrativos de esta limitación es establecer la conciliación como un requisito de procedibilidad para acudir a la justicia administrada por un juez. Si bien es cierto, los países que han exigido la conciliación como una condición para aquellos que quieren acudir al sistema de justicia formal, han tenido como intención el promover la cultura del diálogo y autocomposición de los conflictos, el efecto que

se da en el sistema de conciliación es perverso. Al exigirse la conciliación, las partes no valoran que la conciliación puede ser el escenario ideal para trabajar colaborativamente y así superar el conflicto, los ciudadanos lo toman como un trámite burocrático más que se debe agotar. Esta misma idea la tienen muchos abogados litigantes, quienes a toda costa buscan litigar y no conciliar, la ley les impone un interés que éstos no tienen y que en la práctica les resulta lesivo a sus intereses económicos. La conciliación como requisito de procedibilidad hace que ésta se tenga que adaptar para no violar el derecho de acceso a la justicia. Esto se ve reflejado en que se tenga un límite para la suspensión del término de la caducidad de la acción judicial, se prevean consecuencias jurídicas a la inasistencia a la conciliación, se coloquen excepciones como las medidas cautelares —cuando se busca conciliar, las partes no estarían interesadas en insolventarse, en cambio en la justicia podrían buscar eludir la obligación—, se indique en qué eventos son válidas las excusas para no presentarse a la conciliación, entre otros aspectos que atentan contra uno de los principios de la conciliación: la voluntariedad. Es conveniente separar la práctica de la conciliación de la práctica de la justicia, para que la conciliación se pueda aplicar en su contexto natural: la libre voluntad de las partes de dialogar.

La *investigación*: la unión entre la conciliación y la justicia hace que los intereses de investigación sirvan a lo que busca la justicia y no la conciliación. La investigación académica y científica de la conciliación es fundamental para su desarrollo como método de resolución de conflictos. Al ser entendida la conciliación como justicia, se tiende a tener las siguientes preguntas como hipótesis de investigación: ¿En qué medida la conciliación descongestiona los despachos judiciales? ¿Son conciliables los derechos fundamentales? ¿Es efectivo el requisito de procedibilidad? ¿Cuántas actas de conciliación se están realizando en un país? ¿Se están cumpliendo las actas de conciliación? ¿En qué se asemejan y diferencian las leyes de conciliación en los países? ¿Debe tener la conciliación efectos de cosa juzgada? ¿Administrar justicia los conciliadores? ¿Cómo se puede demandar un acta de conciliación? ¿Cómo se prueba la nulidad de una conciliación? ¿Debería conciliar el Estado si caducó la acción judicial? ¿Se puede invitar a conciliar si una de las partes vive en una ciudad diferente? ¿Se debería conciliar con los abogados sin la presencia de las partes?, etc. Si la conciliación es entendida como resolución de conflictos, las preguntas podrían ser: ¿Cuáles son los factores que influyen en las partes para sentirse apreciadas? ¿Qué elementos influyen en las percepciones de las partes? ¿Cómo se puede promover la comunicación entre las partes? ¿De qué manera es más efectivo el manejo de las emociones en las partes? ¿Qué técnicas son más efectivas para el abordaje de los efectos negativos del conflicto? ¿Cómo afectan las variables cultura, género y poder una conciliación? ¿Qué preguntas se deben hacer para motivar los acuerdos en la conciliación? ¿Qué lenguaje es el más adecuado para promover una conversación entre las partes? ¿De qué manera puede facilitar el

conciliador una reunión con múltiples partes? ¿En qué momento es apropiado presentar fórmulas de arreglo por un conciliador?, etc. Es conveniente separar la conciliación de la justicia para promover la investigación en los temas propios de la conciliación.

La *reflexión*: así como la teoría brinda el marco conceptual, la práctica comprueba y refuerza la teoría y la investigación valida la primera en relación con la segunda, asimismo la reflexión nos ayuda a mejorar y replantear la teoría, práctica e investigación de la conciliación. La justicia es una columna fundamental de un Estado de Derecho y tiene su papel en la convivencia de una sociedad. Sin embargo, es importante preguntarse por las razones, conveniencia y coherencia de uno de los mitos de la conciliación: la conciliación hace parte de la justicia no formal y de los mecanismos alternativos a la justicia y como complemento de la misma, pero en última instancia por los particulares. Este documento busca hacer aportes a la reflexión de la conciliación como un método de la disciplina de la resolución de conflictos que rompe con el paradigma de la justicia por medio de la conciliación. La conciliación debería separarse conceptualmente de la justicia y debería tener un desarrollo profesional autónomo, propio y liberal. Así como la sociedad necesita de psicólogos, antropólogos, sociólogos, trabajadores sociales, matemáticos, abogados, etc., también necesita de conciliadores, no entendidos como un apéndice de alguna profesión. La conciliación es un método que aplican las personas que ejercen la profesión de la resolución de conflictos y para ello se requiere que las universidades ofrezcan títulos profesionales en dicha ciencia. Esta reflexión pretende ser provocadora y a la vez propositiva y espera despertar el interés de aquellos que quieran hacer aportes a una mejor conceptualización de la conciliación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alejandra, M. (2013). "Mecanismos alternativos de solución de conflictos en américa latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas". En *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina* (pp. 375-434). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- An editorial. (1957). *Journal of Conflict Resolution*, 1(1), 1-2.
- Approaches to the study of social conflict: introduction by the editors. (1957). *Journal of Conflict Resolution*, 1(2), 105-110.
- Aubert, V. (1967). "Courts and Conflict Resolution". En *The Journal of Conflict Resolution: A Quarterly for Research Related to War and Peace*, 11(1), 40-51.
- Bernal Mesa, B. & Restrepo Serrano, F. (2006). ¿Por qué en colombia se habla de conciliación y no de mediación? En *Arbitraje y Mediación en las Américas* (pp. 127-141). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Bush, R. A. B. & Folger, J. P. (2012). "Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities". En *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 27, 1.
- Eckhoff, T. (1966). "The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution". En *Acta Sociológica*, 10(1/2), 148-172.
- Feliciano, J. C. (1994). "Lawyers, Advocates and Mediation: Three Perspectives". En *Dispute Resolution Magazine*, 1, 4.
- Folberg, J. (1983). "A mediation overview: History and dimensions of practice". En *Mediation Quarterly*, 1983(1), 3-13. Disponible en <http://doi.org/10.1002/crq.39019830103>
- Giró, J. (1998). "Educación social". En *Revista de intervención socioeducativa*, 0(8), 18-28.
- Hernandez-Crespo, M. D. (2008). *A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)* (SSRN Scholarly Paper No. ID 1265221). Rochester, NY: Social Science Research Network. Recuperado a partir de <http://papers.ssrn.com/abstract=1265221>

- Hernández García, J. & Ortuño Muñoz, J.-P. (2007, octubre 4). Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal. Recuperado el 17 de agosto de 2015, a partir de <http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/sistemas-alternativos-a-la-resolucion-de-conflictos-adr-la-mediacion-en-las-jurisdicciones-civil-y-penal>
- Irvine, C. (2014, julio). Mind the Gap: Mediation and Justice. Recuperado el 15 de agosto de 2015, a partir de <http://www.mediate.com/articles/IrvineC5.cfm>
- Martín Muñoz, A. (2012). "Mediación y abogacía: dos alternativas para resolver conflictos". En *Revista Testigo de Cargo*, (28), 55-60.
- Menkel-Meadow, C. (2014). "Alternative and Appropriate Dispute Resolution in Context Formal, Informal, and Semiformal Legal Processes". En *The handbook of conflict resolution: theory and practice*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- Miall, H., Ramsbotham, O. & Woodhouse, T. (1999). *Contemporary conflict resolution: the prevention, management and transformation of deadly conflicts*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press; Blackwell.
- Ossorio y Florit, M., & Cabanellas de las Cuevas, G. (1987). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta.
- Raven, R. D. (1994). "Future of Court-Annexed ADR". *The Dispute Resolution Magazine*, 1, 2.
- Sander, F. E. A. (1976). *Varieties of Dispute Processing*. West Publishing Company.
- Sander, F. E. A. (1983). "Family mediation: Problems and prospects". En *Mediation Quarterly*, 1983(2), 3-12. Disponible en <http://doi.org/10.1002/crq.39019830203>
- Schwartz, H., & Jacobs, J. (1979). *Qualitative sociology: a method to the madness*. New York: Free Press.
- West, M. A., Tjosvold, D., & Smith, K. G. (2003). *International handbook of organizational teamwork and cooperative working*. Chichester, West Sussex; Hoboken, NJ: Wiley.
- Who we are | The School for Conflict Analysis and Resolution. (2012, mayo 4). Recuperado el 21 de agosto de 2015 de <http://scar.gmu.edu/who-we-are>

Winslade, J., & Monk, G. (2000). *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution* (1 edition). San Francisco: Jossey-Bass.

Winslade, J., & Monk, G. (2008). *Practicing Narrative Mediation: Loosening the Grip of Conflict* (2 edition). San Francisco: Jossey-Bass.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
45

268

EL ESTADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL EN COLOMBIA*

THE STATE OF THE SCIENCE OF PROCEDURAL LAW IN COLOMBIA

*Héctor Enrique Quiroga Cubillos***

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2016

Fecha de aceptación: 7 de marzo de 2017

RESUMEN

La hipótesis que intentaré demostrar a lo largo de este trabajo, será: “Que el Estado de la Ciencia del Derecho Procesal en Colombia, no es posible verla desde los trabajos de doctrinantes en la materia, ni sobre los textos legales, sino a través de la jurisprudencia constitucional, que se ha desarrollado a partir de la Constitución Política de 1991”.

Palabras claves: Jurisprudencia Constitucional, Sistema Jurídico Positivo, Constitucionalización del Derecho, Función Judicial, Derecho Procesal en Colombia.

ABSTRACT

The hypothesis that I will try to demonstrate throughout this work will be: “That the State of the Science of Procedural Law in Colombia, it is not possible to see it from the works of doctrinants in the matter, nor on the legal texts, but through The constitutional jurisprudence, that has developed since the Political Constitution of 1991”.

Keywords: Constitutional Jurisprudence, Positive Legal System, Constitutionalisation of Law, Judicial Function, Procedural Law in Colombia.

* Este artículo surge de las discusiones desarrolladas en el encuentro latinoamericano de facultades de derecho. Segundo congreso regional. Unam. México. 2016.

** Profesor Asociado Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid, Presidente de la Fundación Internacional Latinoamericana, Académico de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Correo electrónico hequirogac@unal.edu.co

INTRODUCCIÓN

Es de recordarse que Colombia tiene un Sistema Jurídico Positivo, y por tanto jerarquizado, con la jerarquía que se le asigna a la norma jurídica, como núcleo esencial de tal sistema. La ciencia del Derecho contemporánea reclamaba una constitucionalización de Derecho, como marco de referencia, para todas las categorías e instituciones que integrarían el sistema. Pero la constitucionalización no llegaba solamente al sistema jurídico, sino que todos los sistemas sociales: El político, el económico, el cultural y el religioso debían ser permeados (interpenetrados) por el gran acuerdo social, que se materializa en la Constitución de 1991. Esta cruzada –larga por demás– la asume nuestra Corte Constitucional, bajo el entendido que se trata de la Guardiana de la Constitución, su intérprete de autoridad y la responsable de la prevalencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si el nuevo modelo de Constitución que contiene 13 títulos, en donde el título II se dedica a los “Los Derechos, las Garantías y los Deberes” con un total de 84 artículos, triplicando al siguiente título en número de artículos, era porque los derechos fundamentales tendrían una gran importancia para el nuevo acuerdo social; recordando que dicha Constitución de 1991 surgió de la situación de violencia en que se encontraba sumida Colombia, fruto precisamente del desconocimiento generalizado de tales derechos fundamentales.

La Corte Constitucional para la lucha y defensa de los derechos fundamentales solo cuenta con la función que le otorga la misma Constitución: La función judicial, la que ha de cumplir dentro de los “procesos judiciales constitucionales” que como competencias se le asignaron. Así las cosas, no tiene sino un instrumento para cumplir con tal función que se encuentra inmersa dentro de la función que cumplen los jueces: La Sentencia Judicial. Este instrumento, presenta de manera clásica, unos elementos nucleares: a) Solo pueden ser pronunciadas por los jueces; b) Es el instrumento para resolver las controversias jurídicas que se sometan a su conocimiento de acuerdo con las reglas de competencia que le son aplicables; c) las sentencias tienen fuerza ejecutiva; es decir, deben ser cumplidas por todos aquellos que han sido involucrados en el asunto. Es decir, alcances Interpartes cuando se trate de la acción tutela, y erga omnes cuando se trate de acciones de inexequibilidad o inconstitucionalidad. Y surge inmediatamente la pregunta ¿La Corte Constitucional, en ejercicio de una función judicial muy especial y especializada, y a través de sentencias judiciales si puede cumplir los fines de: Guardiana de la Constitución; intérprete de autoridad del sistema jurídico (incluida la misma Constitución); y garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos? Parece que no. Y esto lo entendió muy bien la Corte; y desde sus inicios (Constitución de 1991) varió la condición de “criterio auxiliar de interpretación” para su jurisprudencia y le asignó a esta

“fuerza vinculante y obligatoria”¹ a sus postulados normativos, no solo los que se incorporan en el *decidum* y sino a los de *ratio decidendi* de sus sentencias constitucionales. Los que se vuelven obligatorios para todos los funcionarios públicos (legislativos, administrativos y judiciales) en el ejercicio de sus funciones. Llegando hasta reconstruir la noción del delito de prevaricato², ampliando el concepto de “violación de ley” cuando haya desconocimiento de las doctrinas jurisprudenciales, por los operadores jurídicos.

Esta posición le ha generado graves enfrentamientos con los distintos poderes públicos, aun con el mismo sistema judicial, especialmente, cuando por el mecanismo constitucional de la acción de tutela ha “revocado” o “anulado” sentencias de la Corte Suprema de Justicia (máximo Tribunal de la justicia Ordinaria en Colombia, por norma constitucional³), del Consejo de Estado (máximo Tribunal de la justicia de lo contencioso administrativo en Colombia, por norma constitucional⁴) y aun del Consejo de Superior de la Judicatura (cuando actúa como juez disciplinario). A través de sus sentencias constitucionales ha trazado lineamientos de futuro para la administración pública, tanto en las políticas públicas a desarrollar como en la economía, lo que según las autoridades administrativas le ha generado desajustes económicos y presupuestales al Estado. Al Congreso de la República también le ha establecido lineamientos de futuro, para que los tenga en cuenta a la hora de legislar; y es más haciéndole exigencias para que legisle sobre temas, en donde hay vacío legislativo, y de no hacerlo lo hace la Corte por vía judicial. Llegándose a acusar a la Corte Constitucional de haberse convertido de un “legislador permanente”, y ello apoyado en una de sus primeras sentencias constitucional cuando afirmó que las sentencias de la Corte Constitucional son “una forma de derecho legislado” y que entre la Constitución y la Sentencias de la Corte “no cabe ni una hoja de papel”⁵.

El Problema. Todo esto, ha tenido distintas miradas. La Corte Constitucional se ha defendido con fuertes argumentos, teóricos, políticos y legislativos y de la misma manera lo han hecho sus detractores. Pero lo preocupante es que en medio de dicha lucha de “poder” o de “egos” está el ciudadano, que perplejo observa lo que ocurre y la incertidumbre puede invadirlo, atemorizarlo, y hasta neutralizarlo. Sin embargo, este trabajo no tiene la pretensión de llegar a todos los rincones del debate, ni se asume posición si se observa bien o mal las distintas actitudes. Por ahora, y como el estudio es de ponencia para el verificar el Estado de la Ciencia del Derecho en América Latina, me corresponde presentar un estado del arte de

- 1 Corte Constitucional: Sentencias: C-131/94; T-292/2006; C-836/2001.
- 2 Corte Constitucional: Sentencia: C-335/2008.
- 3 Constitución Política De Colombia. 1991. Art. 234
- 4 Constitución Política De Colombia. 1991. Art. 237 Numeral 1.
- 5 Corte Constitucional. Sentencia C-113 DE 1993.

lo que ocurre en Colombia, y ello limitado a una rama del Derecho como es la del Derecho Procesal. Es decir, detectar cuales categorías procesales y de qué manera han tenido (adelanto o atraso) modificación (en su conceptualización y efectos) por cuenta la jurisprudencia constitucional, ahora “obligatoria y vinculante”. Y solo después de mostrar y estudiar lo que ha ocurrido podríamos asumir posiciones responsables frente a la situación del proceso judicial.

Hacer una observación del “Estado de la Ciencia del Derecho en América Latina”, en mi criterio, comportaría asumir de entrada una posición que indique claramente el objeto que desarrollaría tal observación. ¿Se trata de observar si los estudiosos latinoamericanos del Derecho, se encuentran al día en la recepción de las teorías que ofrecen los europeos o los norteamericanos?, o por el contrario, ¿nos hemos quedado atrás?, si la respuesta es afirmativa, entonces, el punto de partida consistirá en un cotejo entre Latinoamérica y sus influencias, pero con una mayúscula dificultad: que en Latinoamérica se asume una gran cantidad de teorías, aun disímiles, dependiendo la situación económica y política en que se encuentre cada país; y ello impulsado por la inestabilidad económica y política que la región acusa. Por tanto, casi que el inventario habría que hacerse, individualmente, en cada país, a fin de observar luego, cuál sería la mayor influencia y el derrotero tomado. Pero si se admite, que las condiciones sociales, políticas, etc., latinoamericanas implican la estructuración de nuevos modelos jurídicos (muchos inéditos), para atender la crisis en que están sumidos varios de sus países, entonces, la complejidad aumenta, pues en varios casos habría una duplicidad (si así se puede decir) de sistemas jurídicos en un mismo país, Ejemplo: “el sistema jurídico vigente” y “el sistema de transición”. Entonces, para establecer el “Estado de la ciencia del Derecho en América Latina”, tendrá otros ingredientes, y necesitará de varios encuentros académicos continuos para llegar a conclusiones sólidas y orientadoras para la comunidad académica.

Por lo pronto, para mi país Colombia, su sistema jurídico se encuentra aún anclado en el pasado. La Constitución Política de Colombia que alcanzó un buen tiempo de estabilidad, fue la Constitución de 1886 (vigente hasta 1991), y que se consideraba el “marco Legal” en que debida desarrollar el sistema jurídico. Constitución influida por la conceptualización política, social y jurídica de la época (Democracia Representativa), con varias reformas, consideradas más bien de ajustes y de actualizaciones: (Reforma Constitucional de 1910; 1936; 1945; Plebiscito de 1957 y reforma de 1968). Pero en esencia, la parte dogmática de la Constitución de 1886 se mantenía incólume.

Las legislaciones de la época y especialmente las codificaciones fueron posteriores (casi inmediatamente a dicha Constitución de 1886) así: el Código Civil de 1887 (sobre el proyecto de Andrés Bello, con varias reformas posteriores y

hoy vigente); El Código Judicial con varias reformas: Ley 105 de 1931 – Código Judicial, luego un nuevo Código de Procedimiento Civil de 1971, vigente hasta enero de 2016 (Código con influencia del Codice di Procedura Civile de Italia de 1946 – Código de Posguerra); el Código Procesal del Trabajo de 1948; el Código Contencioso Administrativo de 1984, Ley 1 de 1984 (vigente hasta el 2011); el Código de Comercio (Decreto – Ley 410 de 1971 (cuando se separa del civil, aun vigente hoy). El Código Penal de 1980; el Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987 como Código de Procedimiento Penal).

Toda esta legislación tenía como soporte la Constitución Política de 1886. Y el sistema jurídico se encontraba dentro de un marco de categoría legal. El control de constitucionalidad que sobre el sistema se hizo, durante casi un siglo, lo fue por la justicia ordinaria (Corte Suprema de Justicia), que respondía a todos los paradigmas de positivismo formal. Por tanto, todo lo que se legislara debía tener una adecuación al texto expreso de la Constitución. Traspasar los linderos de la Constitución implicaba el retiro inmediato de las normas acusadas del sistema jurídico, pues a este se le debía proteger por su condición de ser completo y coherente.

Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, Colombia entró a un “Sistema Jurídico Constitucional”, basado en un “Estado Social de Derecho”⁶, en donde el reconocimiento y respeto a los Derechos y Garantías Fundamentales, en toda la institucionalidad del poder, constituyen el paradigma adoptado⁷. Pero no se

6 Sentencia Corte Constitucional T-406/92. “: En vista de la trascendencia del tema, no sólo por estar vinculado con lo esencial de la parte dogmática de la Constitución, sino también por la circunstancia de que en los actuales momentos, una definición sobre este tema es indispensable para la adecuada aplicación de los textos constitucionales, esta Sala de Revisión considera que es necesario un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales. Pero antes, es indispensable una referencia a dos temas básicos, cuya definición será determinante para la delimitación de tales derechos. El primero de ellos se refiere al alcance del estado social de derecho, y el segundo a la delimitación de los derechos fundamentales. ...”.

7 IBIDEM. D. El Estado social de derecho y los derechos fundamentales. 11. La fórmula clásica del Estado liberal, en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, consistía en establecer una lista de derechos pertenecientes a esta categoría. Una de las manifestaciones de la crisis del Estado constitucional en la segunda mitad del siglo veinte, consiste en afirmar que de nada sirve una buena lista de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación. Según esta crítica, el problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son. Es relativamente fácil ponerse de acuerdo en los derechos que son fundamentales - de hecho en los convenios internacionales existe tal acuerdo - pero es difícil saber, a priori, como se aplican. El asunto es: en caso de conflicto - y esto es lo más corriente- entre dos o tres derechos, cuál debe tener prioridad?. El problema fundamental de los valores no es el de su enunciación sino el de su aplicación. Para la realidad del derecho es más importante establecer cuáles son los criterios de interpretación y aplicación de las normas que establecer cuales es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría. Si lo esencial de la definición de los derechos fundamentales, se juega en el ámbito de la relación entre los mismos, esto trae como consecuencia: 1) que la definición a priori de todos los que son no tiene mayor importancia; 2) que esta tarea debe ser llevada a cabo por el juez, puesto que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos (a través de la tutela); 3) de esta manera, en la relación texto constitucional-hecho social, se irá construyendo una nueva interpretación de la carta de derechos adecuada a una realidad propia del subdesarrollo (nuevo constitucionalismo para América Latina). 12. Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de

ingresó inmediatamente a una adecuación de la legislación ordinaria a los nuevos postulados constitucionales, sino que por el contrario, la Codificación se mantuvo vigente. Y Solo podemos reportar como nueva codificación: El Código General del Proceso (Ley 1564 de julio de 2012, con vigencia gradual, pero en forma total a partir del 16 de enero de 2016); El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, con vigencia en el año 2012); Los Códigos de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004) que están vigentes hoy; y la demás codificación anterior aún está vigente. En términos generales dichos “nuevos” códigos tuvieron la pretensión de adecuarse a la forma del juicio ORAL, más que a buscar otros tipos o modelos de juzgamientos, y por el contrario, se conservan en alto grado los paradigmas ya existentes.

En lo referente a los Códigos Procesales, sus categorías se mantienen, en muchas de ellas la redacción normativa es la misma. Es por ello, que no podemos hablar de un cambio de paradigmas. Y tratándose del Código General de Procesal, este mantiene la estructura del Código de Procedimiento Civil del 1971 (en cuanto a Libros, Títulos y Capítulos ya existentes). Se abandona el procedimiento plenario (ordinario y abreviado) como procedimiento tipo; y se asciende al procedimiento verbal a la condición de procedimiento tipo., que ya estaba regulado en el Código de 1971. La estructura del procedimiento ejecutivo se mantiene con varias modificaciones de forma, que no inciden en su estructura.

Asimismo, los doctrinantes han asumido frente a tales cambios la condición de comentaristas de los mismos, claro está, que unos para apoyarlos y otros para cuestionarlos, pero de todas maneras, los unos y otros girando en torno a tales pronunciamientos legislativos.

De otro lado, es de advertir que Colombia en encuentra en un “proceso de paz”, y para su logro, está configurando un sistema jurídico “transicional”, porque el sistema vigente no da respuesta a los anhelos y reclamos de la subversión, para su reintegro a la vida civil. Pero el ingreso de una “justicia transicional”, pone en tela de juicio la validez y legitimidad de muchas de las categorías procesales, que desde las influencias europeas y norteamericanas se consideran inamovibles. Al momento de redactarse esta ponencia no se conoce con plenitud el tipo de modelo para dicha “justicia transicional”.

los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.

1. LOS NUEVOS PARADIGMAS PROCESALES Y LOS CAMBIOS PRODUCIDOS Y SU DESARROLLO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como lo advertimos inicialmente, la Constitución Colombiana de 1991, surgió por la necesidad política, de dar salida a una situación de violencia y guerra, en que se encontraba sumido el país, y a través de una Asamblea Constituyente se dictó dicha Constitución. Los nuevos paradigmas políticos, entraron a alterar las categorías jurídicas y especialmente las procesales. No sin antes decir, que el sistema jurídico no se preparó para tal cambio, sino por el contrario, mantuvo toda una legislación basada en la Constitución de 1886. Y sólo fue a través de la Jurisprudencia Constitucional de la ahora creada Corte Constitucional (al estilo Italiano), la que debía garantizar la vigencia del nuevo modelo constitucional. Todo por la vía de las llamadas acciones de inconstitucionalidad o inexequibilidad, que como ya se advirtió estaba en manos de la jurisdicción ordinaria presidida por la Corte Suprema de Justicia, y ahora la acción de tutela como instrumento nuevo para hacer vigentes los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Pero ese sistema jurídico anterior tuvo que revisarse nuevamente frente al nuevo referente constitucional, y así la Corte Constitucional fue moldeando tales paradigmas, haciendo los ajustes del caso a la antigua legislación, bien declarando inconstitucional los textos legales y retirándolos del sistema, o con inexequibilidades parciales, para retirar los fragmentos de las normas que fueren contrarias a los paradigmas, o con “exequibilidades condicionadas”, que implica determinar y precisar el alcance de la interpretación y de la aplicación de las normas jurídicas revisadas. Así las cosas, las primeras sentencias constitucionales entraron a sentar las bases del nuevo Estado Constitucional de Derecho, y de ahí la función de los jueces en ese nuevo modelo. Veamos:

1.1 Las estrategias de justicia en la constitución de 1991

El sistema jurídico colombiano trazó cuatro estrategias para cumplir con el postulado de justicia al cual está comprometido desde la Constitución.

La primera correspondió a los mecanismos alternos de solución de conflictos⁸,

8 Corte Constitucional. Sentencia: C-1195/01. “... La implantación de estos mecanismos en los distintos sistemas jurídicos coincide con el logro de cuatro objetivos básicos comunes: (i) facilitar el acceso a la justicia; (ii) proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; (iii) mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos; y (iv) aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal. Estos mecanismos son frecuentemente utilizados para resolver controversias sobre contratos comerciales y civiles, responsabilidad extracontractual, procesos de separación y divorcio, alimentos y custodia de los hijos, disputas por despidos injustificados o por políticas discriminatorias en materia laboral, controversias sobre contratos administrativos y recientemente también como instrumentos para facilitar la participación ciudadana en el diseño de políticas e instrumentos legales conjuntamente con las autoridades. Aun cuando en un principio estos mecanismos fueron establecidos

en donde incorporó la conciliación⁹, la amigable composición¹⁰, el arbitraje¹¹ y el dictamen pericial técnico. Estos mecanismos constituyeron la estrategia

para que los particulares acudieran a ellos de manera voluntaria, la prevalencia de la cultura del litigio ha llevado a que se consagre la obligatoriedad de la mediación ya sea en la etapa prejudicial, o durante el proceso judicial...".

- 9 Aspectos generales de la conciliación. 3.1. La conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable. Procura evitar litigios de larga duración y mejorar las relaciones entre las partes, en la medida en que el procedimiento garantiza imparcialidad, rapidez, confiabilidad y reconocimiento del acuerdo logrado, en circunstancias dentro de las cuales los interesados suelen tener dificultades para avenirse espontáneamente, pero sí mantienen disposición de arreglo si un tercero neutral lo promueve. 3.2. Usualmente, como en la normatividad colombiana, existen dos tipos de conciliación, la extrajudicial y la judicial. La primera se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, como medio alternativo; mediante ella, las partes resuelven de manera pacífica solucionar su problema o conflicto, sin tener que acudir a un juicio. Según el artículo 3° de la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial será en derecho cuando se realice a través “de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad”. Por su parte, la conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad. Entonces, dependiendo del momento y del escenario, la conciliación puede servir para poner fin a un proceso, o para evitar que se inicie. 3.3. Esta corporación, mediante sentencia C-893 de agosto 23 de 2001, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, al referirse a la conciliación en materia laboral explicó: “Las características fundamentales de la conciliación son las siguientes...”.
- 10 Sentencia C-330/12. “**AMIGABLE COMPOSICION-Concepto.** La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede ser nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas. **AMIGABLE COMPOSICION-Características-** La jurisprudencia identifica las características principales de la amigable composición que la diferencian de otros mecanismos de resolución de conflictos, especialmente el arbitramento, a saber: ...”.
- 11 Sentencia C-330/12. “**ARBITRAJE. ARBITRAMENTO-Características.** Las características básicas han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación: (i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia. (ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. ... La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral... (iii) Es un mecanismo de carácter temporal, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros....”. (iv) Es excepcional, pues “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”... (v) Es una institución de orden procesal, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”. En este orden de ideas, son inherentes a la figura del arbitramento, las siguientes características: (i) la voluntariedad; (ii) la temporalidad; (iii) la excepcionalidad; (iv) fungir como un mecanismo alternativo de solución de controversias; y ser (v) una institución de orden procesal”.

más importante para nuestra Constitución de 1991, pues los altos grados de congestión judicial ahogaban el poder judicial, y era necesario aportar por otras formas de solución de conflictos que no fuere la judicial, sino que los ciudadanos participaran en la búsqueda y construcción de la solución a su propio conflicto. Por ello mediante un estatuto especial lo desarrolló y llegó hasta el punto de imponerlo como requisito de procedibilidad, antes de acudir ante los jueces en busca de una solución impositiva a la contienda. En conclusión, este tipo de estrategia tiene como virtud que las partes involucradas son quienes buscaran de una manera consensuada la solución a su controversia (como en la conciliación) o que son las mismas partes involucradas en la contienda quienes escogen al tercero juzgador (árbitro) para que ofrezca la solución.

La segunda estrategia correspondió a la justicia comunitaria¹² de los jueces de paz. La Constitución de 1991, en su artículo 247 crea la jurisdicción de paz, dejando en manos de la ley (Ley 497 de 1999) la reglamentación, organización y funcionamiento de los jueces de paz, quien han resolver esencialmente conflictos individuales y comunitarios. Varios reparos se han efectuado a la concepción que de la jurisdicción de paz se acogió en la citada ley. La primera de ellas, que es el origen popular en la selección de los jueces de paz. Si bien es cierto la Constitución en su artículo 247 no impone tal elección, sino que lo deja a discreción de la ley, esta ingenuamente cayó en la trampa del populismo y el democratismo a ultranza. Como sabemos, las elecciones populares en nuestro medio siguen siendo manipuladas por el clientelismo, el gamonalismo y los barones electoreros que se apoderan de los cargos de elección popular (como las alcaldías y las gobernaciones), imaginemos que puede pasar ahora en que puede elegirse los jueces de paz. Esperamos que esta institución no vaya a convertirse en una frustración más para el pueblo colombiano. El ejemplo lo tenemos a la vista, en primer lugar, la elección popular de alcaldes, en su momento, se consideró como un avance democrático, hoy por hoy se ha convertido en el foco de corrupción más grande del país y especialmente en la contratación administrativa. En segundo lugar, Si este va a ser el origen de los jueces de paz, imaginemos ahora que estos puedan resolver los conflictos individuales y comunitarios de su competencia, en equidad. La equidad no implica contraria a la ley, todo lo contrario, acorde con la ley. La ley, para su conocimiento requiere de unos estudios básicos para su correcto entendimiento y aplicación, ahora imaginemos la equidad manejada por quienes son manipulados por el poder y

12 Corte Constitucional Sentencia: C-059/05 “En la Constitución de 1991 existen dos importantes instituciones que le dan participación a los particulares en la administración de justicia: la conciliación en equidad y la justicia de paz, previstas en los artículos 116 y 247 del Ordenamiento Superior, respectivamente. Se trata de nuevos mecanismos que promueven la solución pacífica de conflictos en el contexto comunitario y que lejos de pretender sustituir la administración de justicia en manos de las autoridades estatales, son espacios diferentes a los despachos judiciales que brindan la posibilidad de que con el concurso de particulares se puedan dirimir controversias de manera pacífica.”

que desconocen los fundamentos constitucionales de la ley¹³. Sin embargo, en su favor puede decirse que son las costumbres comunitarias la que regirán la aplicación de este tipo de justicia.

La tercera estrategia corresponde a la justicia de indígena¹⁴. El artículo 246 de la Constitución Política otorgó funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, a las autoridades de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus propias normas y procedimientos. Ante el reconocimiento de esta de este tipo de jurisdicción se hace necesario un estudio muy detenido de sus alcances, a fin de no cometer errores que pueden ser nefastos para la convivencia de los pueblos indígenas y en sus relaciones con las demás comunidades no indígenas. Varios aspectos habrá de tenerse en cuenta para observar esta forma de juzgamiento, que no pueden mirarse con la misma óptica con que se miran los procesos no pertenecientes a la jurisdicción indígena, tales como: El derecho indígena es eminentemente consuetudinario y por tanto no escrito. Que los valores, normas y comportamientos que rigen una comunidad indígena pueden diferir de los de otra comunidad también indígena. Que los principios que informan los juicios dentro de las comunidades indígenas son opuestos o distintos a los que informan el proceso judicial que conocemos. Que la cosmovisión del mundo que tienen estas comunidades es distinta de la que tenemos nosotros. Por tales razones, habrá de tenerse mucho cuidado a fin de no enfrentar culturas y la utilización de mecanismos judiciales nuestros, deberán tener una total flexibilidad para poderlos adaptar al sistema de aplicabilidad de las culturas indígenas.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional para el desarrollo de esta forma de justicia ha establecido cuatro criterios para el correcto funcionamiento la

- 13 Ardila Amaya, Edgar. ¿La justicia en equidad puede ser justicia comunitaria?. *“Para ilustrar esta afirmación, resulta pertinente recordar la posición de Rodrigo Uprimny con relación a que la justicia de paz puede ser entendida como una institución bisagra que incorpora elementos de la administración de justicia estatal y de los usos y costumbres comunitarios (Uprimny, 2000: 65). Por una parte, la justicia de paz es una figura reconocida por el Estado que la inviste de autoridad y le otorga un mínimo poder de coacción. Pero, por otra parte, representa una figura cuya decisión tiene como base los usos y las costumbres de la comunidad”*.
- 14 Corte Constitucional. T001/12. Jurisdicción Especial Indígena. *“... La jurisdicción especial indígena se define como derecho autónomo y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria” Sentencia T-728 de 2000, el fuero indígena corresponde al derecho, “...del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...). La Sentencia T-617 de 2010 definió el fuero indígena como “...un derecho fundamental del individuo indígena que se estructura a partir de diversos factores, entre los que se encuentran el territorial y el personal; tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo, y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa. ...”*.

jurisdicción indígena. Sin la presencia de estos: o se desconoce su naturaleza y de ahí se vulnera la Constitución; o se desvía del modelo pluralista adoptado, con la misma consecuencia de vulneración Constitucional. Tales son: el objetivo, que implica la asignación de conocimiento y solución a la comunidad cuando la controversia pertenezca al ámbito indígena. El territorial, que implica una ocurrencia de los hechos en el ámbito espacial de asentamiento de una comunidad indígena; el Subjetivo o personal, que implica que el juzgamiento es exclusivo para sujetos calificados como indígenas. Y el factor institucional, es decir que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predecibilidad de carácter genérico¹⁵. Y de otro lado, desde artículo 246 de la Constitución (Sentencia Corte Constitucional: C-713 de 2008) la jurisdicción indígena no hace parte de la rama judicial aun cuando desde el punto de vista de la función judicial si la ejercen, pero no hacen parte de la rama desde el punto de vista de la estructura orgánica. Inicialmente asignados a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior. Se proyecta la creación del Viceministerio de Acceso a la Justicia adscrito al Ministerio de Justicia. Es decir, esta estrategia mantiene una aplicación de un Derecho regido por las costumbres.

La cuarta estrategia, es decir, la impositiva ante el fracaso de la persuasiva. Corresponde al antiguo proceso judicial. Instrumento que ha sido objeto de una reformulación jurídica. Hasta el punto que la decisión judicial ha adquirido una importancia inusitada, toda vez, que ha entrado (la sentencia) a convertirse en una nueva fuente del Derecho, ante el reconocimiento de que en la actividad judicial, el juez es creador de Derecho, por cuanto se reputa la decisión judicial como la ley para el caso concreto. Y esta debe ser cumplida por quienes sobre ellos ha recaído. Sin embargo, esta actividad judicial debe estar rodeada de una serie de garantías para los asociados, como quiera que si se les obliga a acudir a ella, también debe garantizarse que su acceso sea expedito, su actuar sea el debido y que la solución se cumpla¹⁶. Mediante esta estrategia de aplicará el Derecho legislado.

Como conclusión general, podemos decir que con estas cuatro estrategias de justicia se intenta dar desarrollo al postulado constitucional democrático de pluralismo social. Pero que tales condiciones de pluralismo no pueden ser

15 *Ibidem*.

16 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92. “: En vista de la trascendencia del tema, no sólo por estar vinculado con lo esencial de la parte dogmática de la Constitución, sino también por la circunstancia de que en los actuales momentos, una definición sobre este tema es indispensable para la adecuada aplicación de los textos constitucionales, esta Sala de Revisión considera que es necesario un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales. Pero antes, es indispensable una referencia a dos temas básicos, cuya definición será determinante para la delimitación de tales derechos. El primero de ellos se refiere al alcance del estado social de derecho, y el segundo a la delimitación de los derechos fundamentales. ...”.

reducidas a un simple postulado normativo, sino que los modelos de justicia de las diversas relaciones sociales sean una realidad.

1.2 El juez en el estado social de derecho

El Estado Social de Derecho. La Constitución Colombiana optó, para su sociedad, por un Sistema Constitucional de Estado Social de Derecho, lo que demandaba el establecer un pronunciamiento que diera las directrices, lo que por tal modelo se debe entender. Y fue la nuestra Corte Constitucional la que tomó ese papel, y mediante la sentencia de Tutela T-402/92 los fijó por vía jurisprudencial. Se partió de la asignación, a la Constitución, de la fuerza de norma jurídica, lo que comportaba decir que todas sus disposiciones alcanzaban una fuerza impositiva, propia de la norma jurídica. Y que la Constitución dejaba de ser un catálogo de buenas intenciones y de anhelos metafísicos para pasar a ser un componente material de la visión de una sociedad, que aspira a realizar, por lo menos una convivencia pacífica para sus integrantes. Máxime que para Colombia, su escenario social y político estaba atravesado por un conflicto armado interno, que superaba con creces medio siglo de muerte y marginalidad, a lo que se unieron dos actores devastadores como el narcotráfico y el paramilitarismo. Colombia dentro de ese modelo Estado Constitucional de Derecho, le apostó por la prevalencia y vigencia de los Derechos Fundamentales, reconocidos por la misma Constitución, y que mejor instrumento para su imposición que la SENTENCIA JUDICIAL para tal efecto. Y siendo esta una figura de carácter procesal, que sólo se produce en el ámbito del proceso judicial, adquirió una gran dimensión y alcance de sus efectos. Pues dejó de ser el proceso, solamente el mecanismo para solucionar casos en la relación: norma jurídica –hechos individuales, para establecerse una nueva relación al alcance de proceso, norma constitucional–hecho social.

1.3 El debido proceso como categoría superior del proceso judicial dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho

El proceso judicial debe adelantarse en Colombia, de acuerdo con los postulados del debido proceso, según el mandato establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991. El debido proceso comporta varios elementos desde la norma constitucional antes mencionada, entre los cuales se ha destacado, la competencia del juez previamente establecida, las formas propias de cada juicio, y el derecho de defensa. Sin embargo la nuestra Corte Constitucional ha

ido perfilando el debido proceso con la incorporación de otros elementos que en su entender se encuentra implícitos en este postulado, veamos:

“5.3.2. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas...”¹⁷. Las subrayas fuera del texto.

Tales elementos deben ser desarrollados tanto teórica como jurisprudencialmente, y creo que su desarrollo debe ser el siguiente:

1.3.1. La Independencia Judicial

La independencia constituye el primer elemento que ha de reunir el juez a fin de poder juzgar o realizar el reparto con justicia. La independencia también desarrolla el principio supremo del proceso que lo constituye el debido proceso. La independencia consiste en la depuración del ánimo del repartidor de influencias

17 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia. C-341/14. Mag. Pon. Mauricio Gonzalez Cuervo.

producidas por los poderes públicos, que en un momento determinado obliguen a actuar sin la rectitud requerida.

La diferencia entre la imparcialidad y la independencia se presenta en el hecho de ser la primera el género y la segunda una especie de aquélla. La independencia contribuye a la realización de la imparcialidad, por ello tienen un nexo estrecho de relación causal. Si falla la independencia conduce a la parcialidad del juzgador, mientras que el juez puede ser parcial pero con independencia, esto es, el rompimiento de la imparcialidad puede producirse por causas distintas a la que producen la dependencia.

El órgano jurisdiccional constituye uno de los elementos integrantes del Estado, y como tal puede sufrir la influencia tanto de los otros poderes como de los propios órganos judiciales, a los cuales solo debe observancia en los casos establecidos en la Constitución y la ley. Son muchas las formas en que los jueces pueden verse influenciados por las demás ramas del poder público, ya desde el punto de vista económico, político, etc. Pero lo cierto es que toda esa gama de circunstancias lo llevan a romper en muchos casos la tan anhelada imparcialidad. La Constitución Colombiana pretende mantener a sus jueces dentro de la mayor independencia. Independencia que consagró expresamente en el artículo 228 de la Carta al disponer que la administración de justicia es función pública y sus decisiones son independientes.

- a. La Independencia frente a los otros poderes públicos. La primera forma de garantizar dicha independencia corresponde a la llamada División de Poderes la que viene siendo incorporada a nuestra Constitución desde 1886, de tal manera que las facultades un poder llegaban hasta donde empezaban las del otro, y se prohibía a un poder inmiscuirse en la competencia privativa de otros (artículo 78, numeral 2 de dicha Carta). Esta prohibición se justifica en la medida en que tales intromisiones podían dar al traste con la independencia de cada uno de los poderes, lo que llevaría al peligro de absorción, de un solo poder, de todas las funciones estatales y de ahí la desaparición de los otros dos. La Constitución de 1991, por el contrario, asumió la unidad del poder (uno solo), aun cuando este podría dividirse en ramas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial; y al lado de estas prescribe otros órganos autónomos e independientes con funciones separadas que colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado¹⁸. Entre los “otros” órganos autónomos e independientes la misma Constitución incorpora: los llamados organismos de control tales como “La Procuraduría General de la Nación”¹⁹,

18 Artículo 113 de la Constitución Política de Colombia.

19 Artículos 117 y 118 de la Constitución Política de Colombia.

“La Contraloría General de la República²⁰”, “la organización Electoral²¹”, “El Banco de la República²²”, “La Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena²³”. “Las Universidades²⁴”. Sabido es que la división de poderes o del poder, corresponde a un postulado democrático. Pues la democracia exige que el poder no esté en unas solas manos, porque esto termina generando autoritarismo, y dará la traste con dicha democracia.

En cuanto a la función judicial se asignó a la “Rama Judicial”²⁵, integrada esta por “La Corte Constitucional, La Corte Suprema de Justicia, El Consejo de Estado, El Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la República, Los Tribunales Superiores y los jueces...”²⁶. Pero también se asignó funciones judiciales a: la “justicia Penal Militar”; al Congreso de la República; y “excepcionalmente” a “determinadas autoridades administrativas”. Y a fin de justificar estas formas de “justicia” la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

JURISPRUDENCIA. Autonomía e independencia del órgano jurisdiccional. Como es sabido, el propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es el de impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad. Para ello, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces. La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales. En este punto resulta de importancia anotar que el hecho de que alguna otra rama del poder público participe en la designación de algunos funcionarios judiciales -como es el caso del Senado y del presidente de la República en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional- o que colabore en el buen funcionamiento de la administración de justicia -mediante el concurso económico, logístico o material- no significa, ni puede significar, que se le otorgue facultad para someter la voluntad y la libre autonomía del juez para adoptar sus decisiones. En igual sentido, debe decirse que la independencia

20 Artículos 119 y 267 de la Constitución Política de Colombia.

21 Artículos 120 y 285 de la Constitución Política de Colombia.

22 Artículos 371 de la Constitución Política de Colombia.

23 Artículos 331 de la Constitución Política de Colombia.

24 Artículos 69 de la Constitución Política de Colombia.

25 Artículos 228 de la Constitución Política de Colombia.

26 Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

se predica también, como lo reconoce la disposición que se estudia, respecto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial. La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política. Por su parte, la imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad.²⁷ ²⁸

Muy a pesar de lo establecido por la jurisprudencia constitucional, la independencia de quienes cumplen funciones jurisdiccionales se puede encontrar en tela de juicio, especialmente, cuando se asignan este tipo de funciones a entes administrativos, que han parte del poder ejecutivo y que por su naturaleza desarrollan el principio de “dependencia”, muy al contrario al que informa a los jueces: la Independencia, que se pregona en el artículo 228 de la Carta. Los administradores establecen políticas que son propias de los Gobiernos, y todos los funcionarios subalternos deben ser proclives a ellas, pues el Presidente de la República es la máxima autoridad administrativa de la rama ejecutiva y su programa de gobierno debe ser desarrollado. Por tanto, se observa que en la función judicial que puedan ejercer estos tipos de funcionarios no se estaría garantizando la independencia con que deben actuar en este tipo de función, pues estos deben responder a las directivas que sus superiores jerárquicos les indican. En conclusión, considero que esta es una de las “antonomias” o mejor “contradicción” democrática en que incurrió nuestra Constitución, que aspiro que en el futuro se corrija.

- b. La Independencia frente a los propios órganos judiciales. Los jueces no pueden sufrir presiones sus superiores jerárquicos para que tomen decisiones en uno u otro sentido que le sugiere o insinúa tal superior, pues ello implica

27 Sobre la vigencia de este principio, dentro de los postulados de la Carta Política de 1991, cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-540/1993 del 24 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037/96 Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

una indebida injerencia de un juez superior sobre la actividad judicial de un inferior. La Ley Estatutaria de la Justicia, (Ley 270 de 1996) estableció en el artículo 50., precisamente, la prohibición a los superiores jerárquicos del juez, de insinuarle o sugerirle la forma como debe tomar sus decisiones judiciales. Sin embargo, tal prohibición debe matizarse respecto del carácter funcional de las decisiones judiciales. Pues, si el criterio a imponerse a un juez inferior es en desarrollo del trámite de los recursos legalmente adelantados no podríamos decir que estamos frente a la violación del principio de independencia. De otro lado, merece especial atención el pronunciamiento de la Corte Constitucional en torno al artículo 50. de la ley 270 de 1996 (sentencia C-037 de 1996) en donde interpreta la constitucionalidad de la norma sin perjuicio del carácter vinculante que se le atribuye a la doctrina constitucional. Que si bien, no son producidas tales decisiones, en desarrollo de recursos ordinarios o extraordinarios, por ser la Corte Constitucional la guardiana de la Constitución y por supuesto el intérprete de la misma, la ley se aplicará de la manera como ésta la interpretó, puesto que quien aplica la ley aplica la constitución. Corresponde el anterior criterio a la función integradora de la doctrina constitucional, consagrado en el artículo 80. De la ley 153 de 1887, cuyo alcance y exequibilidad fue declarado en la sentencia C-083 de 1995 de la Corte Constitucional.

Es de anotarse, que la Constitución de 1991 avanzó en este aspecto y el artículo 256 de la carta, atribuyó al Consejo Superior de la Judicatura, la elaboración de las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales. Listas que deben ser respetadas por las entidades que han de realizar los nombramientos, pues se supone que su integración se ha efectuado con criterios de calidades y experiencia académica y judicial. La independencia funcional del juez se obtendrá depurándola de todos los agentes extraños que pretenden manosearla. Uno de los mecanismos diseñados por la ley, para tal efecto, es la llamada carrera judicial. Lamentablemente esta función de elaboración de listas por el Consejo Superior de la Judicatura, tiene este en el ojo de huracán. Se acusa a esta Corporación de utilizar dicha función para hacer favores, para que cuando lleguen los concursantes a las Cortes sacar ventajas indebidas de sus posiciones, o para luego de su retiro del Consejo concursar para las vacantes de magistrados, con el favor ahora de los por este seleccionados, es lo que se ha llamado en nuestro medio “la puerta giratoria judicial”, yo te nombre y luego tú me nombras. Como en todo, hay algo de cierto, pero también hay algo de fábula. Muchos concursantes, también, cuando no son seleccionados hacen acusaciones injustas. Pero lo que sí está claro es que el Consejo Superior de la Judicatura no es bueno ni malo per se, depende de sus miembros, de sus competencias que se les entregue y las inhabilidades que se les imponga. Si todo esto se ajusta a una absoluta rigurosidad, como por ejemplo que cumplido su

periodo no pueden ejercer cargos en el poder judicial ni ejercer la profesión de abogados, entre otras, empezáramos por sanear la situación.

1.3.2. La imparcialidad judicial

El órgano jurisdiccional, encarnado en el juez, es el encargado por la Constitución Política de Colombia, en su artículo 228, de ejercer la función judicial a través de sus decisiones que serán independientes y solamente sometidas al imperio de la ley, función a la cual se puede acceder por toda persona siempre y cuando cumpla con los requisitos que para cada cargo exija la misma constitución y la ley. El juez, institución subjetiva, y tal vez la más importante en el estudio del debido proceso, ha de cumplir con ciertas condiciones fundamentales, las cuales deberán permanecer presentes durante todo el juzgamiento, y de no ser así, se pone en grave peligro el valor justicia y la vigencia de la misma organización judicial que la desarrolla; tal es el caso del juez natural y el juez imparcial.

- a. El juez imparcial. El hombre desde los albores de la civilización siempre ha sentido el temor del juzgamiento, pero su mayor preocupación la ha constituido el hecho de saber quién ha de juzgarlo: ¿un juez implacable?, ¿un enemigo?, ¿un amigo?, ¿un hombre?, etc. Ante todas estas angustias, la ley ha tratado de despejarlas entregándole la conducción de la contienda procesal a un tercero, a fin de que el reparto sea lo más justo y equitativo. Pero, ello no se obtiene simplemente por la designación del tercero repartidor. Se hace necesaria una serie de mecanismos que solamente en la medida de su correcto funcionamiento permiten llegar a obtener la verdadera imparcialidad. El primer aspecto de la imparcialidad, que preocupa al hombre es el espíritu humano, que no siempre se conduce depurado de las pasiones más bajas, y en muchos casos las pone en acción a fin de tomar ventajas o beneficios para su propia existencia; o para alimentar su propia morbosidad que lo conduce a la venganza o a la concupiscencia; todos estos peligros preocupan en el momento del juzgamiento, pero habrá de hacerse una clasificación previa, a fin de desmenuzarlos. El tercero 'imparcial' puede ser parcial. En efecto hay que tener en cuenta la existencia, en la generalidad de los casos, de circunstancias mediatas de tipo religioso, cultural, Político, etc., que vienen a incidir normalmente en la resolución judicial, problema que ha sido tratado por Alipio Silveira en su trabajo "La premisa inarticulado de la sentencia", quien después de afirmar que el juez por muy íntegro y competente que sea, no puede ser absolutamente imparcial, porque la imparcialidad es la negación de la vida, agrega que el hecho de no existir imparcialidad absoluta o total, nos lleva clara y concretamente a admitir lo que un gran magistrado norteamericano, Oliver Windell Holmes, denominó: "La premisa mayor inarticulada"; los magistrados como hombres que son, guardan en su sub-

consciente acervos de preconceptos y prejuicios de ideas y de ideologías de simpatías y antipatías, y ese conjunto aun cuando no se den cuenta de ello influiría sutil pero eficazmente en sus sentencias. Sin embargo, todas las reflexiones que se hagan frente al tema de la imparcialidad no pasaran de ser anhelos irrealizables, si no se asume un compromiso con los valores de la rectitud, la honestidad y moralidad. Valores que no solamente debemos exigir a los operadores de la justicia, sino a nosotros mismos en todos los actos de nuestra vida. ¿Con qué autoridad moral pedimos imparcialidad y moralidad si nosotros no lo somos?. Se ambienta un criterio denominado “ajenabilidad” para hacer notar que simplemente los jueces deben ser ajenos a las partes y a las causas para derivarse de allí la imparcialidad. Creo que esta es mucho más que un simple distanciamiento de los sujetos procesal y del objeto de proceso, es también una predisposición de espíritu en la búsqueda de la justicia. Que no existan, por ejemplo, preconceptos discriminatorios hacia una de las partes, aun cuando el sujeto procesal involucrado no represente mucho para la persona del juez.

- b. El juez natural. La figura del juez natural ha sido considerada de vieja data. El juez que ha de conocer de la causa debe estar señalado o establecido con anterioridad a la ocurrencia de los hechos. No podrá hacerse nombramiento de jueces especiales de juzgamiento, para juzgar hechos ocurridos con anterioridad al nombramiento que se consideran especiales por su gravedad o de los cuales está interesado el gobernante de turno.

La Constitución Colombiana de 1991 consagró en el artículo 29, la figura del juez competente, al establecer que nadie podía ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente. Tal disposición constitucional comporta una asignación por parte de la ley de las materias que son asignadas a los jueces y tribunales legalmente constituidos. Pero esta asignación podrá verse vulnerado cuando el Tribunal o Juez competente es alterado en su origen o en su composición, para ahora, hacerlo “especial”. EL origen del Tribunal estará alterado como cuando se pasa a otro ente que no tiene propiamente estas funciones para que ahora conozca de ellas. La composición del Tribunal estará alterada cuando sin pasar a otro ente, él intestinamente soporta un cambio de los integrantes o magistrados, para que ahora estos conozcan de la causa.

Es necesario precisar que el concepto de juez natural y no es el mismo que corresponde al del juez competente²⁹. El juez natural corresponde al sujeto que

29 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358/97. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. *“Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los*

está en condiciones de decidir una causa, por conocer de primera mano, las circunstancias en que el justiciable en su momento debió actuar en ciertos y determinados casos. Así por ejemplo, un “tribunal médico” está en mejores condiciones de juzgar a un galeno, a quien se le acusa de haber ejercido la medicina con negligencia, en un caso determinado. Un tribunal militar estaría en esas mejores condiciones de juzgar la conducta desplegada por la tropa, por ejemplo, en combate. Es decir, estos tribunales deben estar integrados por personal que ejerció la profesión o el oficio respectivo, y puede determinar, por su experiencia, los alcances de la conducta materia del juzgamiento. En conclusión, los juzgamientos deben hacerse por los llamados “pares”, que corresponden a los sujetos que pueden tener las mismas condiciones o conocimientos que el encausado, para con mayor objetividad poder interpretar los hechos. En la anterior sentencia transcrita fragmentariamente en el pie de página anterior, el tratamiento de la figura del juez natural le causa preocupación a la Corte Constitucional en torno a la posible “discrecionalidad judicial para definir el juez natural” y “la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la justicia ordinaria”, y para despegar tales peligros acude a la definición de fuero penal militar como “una excepción a la regla del juez natural general”.

Pero distinto es arrogarse el conocimiento de causas para ejercer presiones indebidas contra ciertos funcionarios. En Colombia ello ocurre cuando la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y la Comisión de juzgamiento del Senado de la República, intervienen para juzgar al Presidente de la República. Si el hecho es de gravedad política debiera juzgarlo un “tribunal presidencial” integrado por los expresidentes de la República, pues son estos quienes conocen las eventualidades en que se encuentra un mandatario para tomar decisiones que en muchos casos son bastante difíciles. Y si el hecho a juzgar es de carácter penal, se debe entregar tal juzgamiento al máximo juez que puede tener la República para estos casos, que es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En estos casos no se esperan decisiones amañadas o acomodadas

delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedita la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública” Subrayas fuera de texto.

por razones políticas o grupistas, sean en su favor o en su contra, que es lo que ocurre cuando se trata de entes de estirpe político, cuando hacen este tipo de juzgamientos como en el caso de las Cámaras legislativas.

Por el contrario, el juez competente es el juez legal, a quien la ley le ha entregado dicho juzgamiento. Pero el hecho de ser el juez competente no quiere decir que se trate del juez natural. Sin embargo, la Constitución Política de Colombia en su artículo 29 permite la integración de tribunales legales, a través de la asignación de competencias. Pero esto está muy lejos de constituirse en una exigencia constitucional para el juzgamiento por jueces naturales. Parece ser, entonces, que si de jueces naturales debiera hablarse en nuestro medio, se necesitaría una modificación en la concepción que hoy tenemos. Por tanto, mientras ello ocurre, sólo podremos atender los criterios de juez competente, como el juez expresamente señalado en la ley, es decir un juez legal, que no es en su totalidad la máxima expresión de los juzgamientos depurados de pasiones y de intereses sociales, políticos y económicos. Pero aun así fue el derecho fundamental que se otorgó a los colombianos.

1.3.3. La Autonomía Judicial³⁰

Dos normas constitucionales consagran la autonomía de los jueces: la autonomía en la interpretación y autonomía en el cumplimiento de su misión. Se trata de del artículos 230 y 228 de la Carta, en donde en la primera norma citada se hace expresa referencia a que los jueces en sus providencias están sometidos únicamente al imperio de la ley, y en la segunda hace referencia a la autonomía de las decisiones judiciales. Como se ha afirmado anteriormente, estas normas de la parte orgánica de la Constitución deben su razón de ser a la aplicabilidad de la parte dogmática de la misma, se hace necesario cotejarlas con esta a fin de dejar sentadas las amplitudes de las mismas y sus limitaciones. El artículo 113 de la Constitución, en desarrollo del postulado de ser Colombia un Estado Social de Derecho, consagra la división del poder, asignando funciones separadas a sus distintos órganos, pero con colaboración armónica entre ellas, que de acuerdo con el preámbulo de la misma, están dirigidas a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, y asegurar la vigencia de orden justo. El artículo 13 de la Constitución genera el principio de igualdad frente a la ley, sin

30 *CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA C-543 DE 1992. "... El principio democrático de la autonomía funcional del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aun cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido..."*

embargo, se establece el deber de proteger especialmente a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta; lo cual comporta que frente a las partes procesales, el juez debe mantener los criterios de igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley. Estos postulados constituyen faro para darle sentido a lo normado en el artículo 230 de la carta, especialmente a la expresión “imperio de la ley”, y a la llamada independencia judicial que se establece en el artículo 228 de la Constitución. En estos dos casos, la ley a aplicar debe ser todo el ordenamiento jurídico que encuentra raíz en la Constitución, y la independencia debe predicarse a la imposibilidad de ser el juez influido por fuerzas distintas a la de la Constitución. En consecuencia, la actividad jurisdiccional estará guiada por la Constitución, como primer orden normativo y por los límites que esta le impone, como el sometimiento a las decisiones superiores, en desarrollo del principio de juzgamiento de instancias.

Pero la autonomía de interpretación no es absoluta, en el sentido en que el juez pueda interpretar irracionalmente las disposiciones legales a aplicar, o pueda hacer uso de la ley arbitrariamente. La interpretación de la ley es la que corresponde a la prevalencia de los derechos fundamentales, principios y valores consagrados en la carta política. Si bien es cierto, la buena fe también debe predicarse para las actuaciones judiciales, en los términos del artículo 83 de la constitución Política, ello no es obstáculo para que las interpretaciones salidas del contexto constitucional puedan ser retiradas o desechadas por las decisiones tutelares de la Constitución. Ésta respalda a los jueces en sus decisiones, siempre y cuando lo hagan prevalente, y sería un contrasentido admitir que la autonomía en la interpretación y en la aplicación de la ley, corresponde a la posibilidad de violentar la misma Constitución Política. Pero la praxis que es superior a la teoría, encuentra en nuestro medio que la objetividad en la interpretación y en la aplicación de la ley no pasaba de expresarse con un apego al texto, aun literal, de las normas jurídicas; y entre estas a las más inmediatas al caso. Por ejemplo: al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil; al Código Penal y su procedimiento; y la investigación doctrinaria era más conceptual, para precisar definiciones que dieran alguna luz en el entendimiento de las normas a aplicar; el apoyo jurisprudencial consistía en una maniobra que buscaba algún respaldo de autoridad para justificar una decisión. “Se opinaba que la ley era capaz de generar por sí sola el conjunto total de especificaciones normativas requeridas por el ideal del ‘Estado de derecho’. La ideología oficial que sostenía esta posición era también masivamente seguida en la práctica”³¹. Es decir, se buscaba una coherencia conceptual pero no una coherencia decisional. Los argumentos de los litigantes buscaban en la jurisprudencia fuerza para sus argumentos que les diera en triunfo en la contienda. Todo esto ocurría por una falta de sistema-

31 *Diego López Medina. Eslabones del Derecho. Publicación de Universidad de los Andes – Legis. Bogotá, abril. 2016. P.20.*

tización de la jurisprudencia que hacía difícil para el litigante como para el Juez su consulta, la que se publicaba en voluminosos libros de la Gaceta Judicial, y en donde se conseguían algunos párrafos o referencias a los temas, y los que el relator de la Corte o Consejo de Estado consideraba de importancia. Pero jamás establecer líneas jurisprudenciales, o porque no había tiempo para ello, o no había presupuesto ni personal para tal magno trabajo. Con la confusión jurisprudencial existente anteriormente, bien por falta de información o preparación o manipulación, se tomaron las más variadas decisiones sobre temas similares, lo cual menguó la credibilidad de la justicia misma, la previsibilidad de la decisión judicial, lo que condujo a creerse, en nuestro medio, que una parte ganaría el proceso dependiendo del juez al que le correspondía el caso; y en muchos asuntos, era el caldo de cultivo para la corrupción judicial, pues “hay jurisprudencia para todos los gustos” dependiendo “a quien se le deba aplicar”.

La Corte Constitución desde 1993³² inicia una gran cruzada para la construcción de una doctrina que permitiera generar impacto social con sus decisiones, que

- 32 Corte Constitucional. Sentencia C-113/93. 1) Solo a la Corte Constitucional le corresponde declarar los efectos de sus fallos. “...Pues la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la “integridad y supremacía de la Constitución”, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel. ... Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica. En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad. ...”. 2) Sentencia C-131/93. “... 3. ¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada? La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia...”. 3) Sentencia C-083/95. “... Al referir a la jurisprudencia, en tanto que “criterio auxiliar de la actividad judicial”, debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla...”. 4) Sentencia T-123/95. “...Cuando el término de comparación no

redundara en la implementación de una cultura jurídica, para todos los operadores jurídicos: de la protección de los derechos fundamentales, a los que apostó la Constitución de 1991, pero con los grados de coherencia conceptual y decisional que los derechos fundamentales exigía³³. Y solo ello, en criterio

está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución. Lo que se concreta con la sentencia C-816/2001. "...La ratio decidendi surge de la propia lectura autorizada de la Constitución por parte del órgano constitucional encargado de velar por su interpretación y aplicación integrales. Exhibe un grado mayor de abstracción que el decusum, el cual surte efectos en el caso concreto. La ratio decidendi se proyecta ζ en virtud del principio de igualdad, de la seguridad jurídica, del principio de confianza legítima, y de la supremacía de la Constitución, ζ más allá del caso concreto y tiene la fuerza y el valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones. Una vez fijado con autoridad, por el órgano competente y siguiendo el procedimiento constitucional para ese fin, el significado de la norma constitucional, éste se integra a ella y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho. El artículo 230 de la Constitución establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, concepto que no abarca exclusivamente las leyes en sentido formal, sino que comprende obviamente la Constitución y, en un sentido amplio, el derecho dentro del cual la ratio de las sentencias ocupa un lugar primordial puesto que le confieren efectividad a las normas, al concretar sus alcances. Además, de lo contrario - es decir, de escindirse la norma de la ratio que le fija su significado para asegurar su aplicación efectiva y la concreta para precisar sus alcances - se rompería la unidad del ordenamiento jurídico y se resquebrajaría su coherencia en desmedro de la seguridad jurídica, de la aplicación igual de las normas a casos iguales y de la confianza legítima de los habitantes en que el derecho será aplicado de manera consistente y predecible..."

- 33 Lo que se concreta con la sentencia C-816/2001. "...La ratio decidendi surge de la propia lectura autorizada de la Constitución por parte del órgano constitucional encargado de velar por su interpretación y aplicación integrales. Exhibe un grado mayor de abstracción que el decusum, el cual surte efectos en el caso concreto. La ratio decidendi se proyecta ζ en virtud del principio de igualdad, de la seguridad jurídica, del principio de confianza legítima, y de la supremacía de la Constitución, ζ más allá del caso concreto y tiene la fuerza y el valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones. Una vez fijado con autoridad, por el órgano competente y siguiendo el procedimiento constitucional para ese fin, el significado de la norma constitucional, éste se integra a ella y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho. El artículo 230 de la Constitución establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, concepto que no abarca exclusivamente las leyes en sentido formal, sino que comprende obviamente la Constitución y, en un sentido amplio, el derecho dentro del cual la ratio de las sentencias ocupa un lugar primordial puesto que le confieren efectividad a las normas, al concretar sus alcances. Además, de lo contrario - es decir, de escindirse la norma de la ratio que le fija su significado para asegurar su aplicación efectiva y la concreta para precisar sus alcances - se rompería la unidad del ordenamiento jurídico y se resquebrajaría su coherencia en desmedro de la seguridad jurídica, de la aplicación igual de las normas a casos iguales y de la confianza legítima de los habitantes en que el derecho será aplicado de manera consistente y predecible..."

de la Corte, podría obtenerse por la vía de la obligatoriedad del precedente judicial, lo que le implica el establecimiento de un deber de derecho objetivo de aplicar el sistema jurídico de acuerdo con las doctrinas que establecen los interpretes naturales y de autoridad de la Constitución y la ley: Los jueces. Y de otro lado, para materializar el derecho subjetivo de los ciudadanos, aun trato igualitario “a que sus casos sean resueltos de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubieren expedido en los mismos temas”³⁴. De otro lado, la Corte Constitucional para lograr su cometido, acudió a la ampliación del principio de legalidad, pues la ley por sí sola no estaba en condiciones de llenar la expectativa de vigencia de un “Estado de derecho”, es decir, que únicamente con interpretaciones probables, exegéticas, analógicas, y demás formas clásicas de integración del derecho, no era posible llenar la expectativa, sino que se requeriría de “fuentes vivas, contextuales y dialógicas que uniéndose a ella, la complementarían normativamente en casos de indeterminaciones, vacíos o contradicciones”³⁵ y para ello era necesario darle mayor fuerza a la jurisprudencia generada por las Cortes judiciales, y ello se lograría sacando a la jurisprudencia de la situación de marginalidad en que se encontraba como: “criterio auxiliar de interpretación”. Las distintas posiciones de la Corte Constitucional frente a la vía de hecho judicial son claras manifestaciones de repudio a esta forma de actuar. Las vías de hecho sustancial, fáctica, orgánica y procedimental le ha permitido a la Corte Constitucional penetrar en las distintas formas de vulneración del ordenamiento constitucional, de lo que no puede desfallecerse, porque si ello ocurriera la Constitución se convertiría en un instrumento de manipulación inadmisibles³⁶.

El asunto ha tomado perfiles problemáticos, cuando dicha autonomía judicial encuentra otros tipos de relativización, además de los que consagra la Constitución, o cuando la relativización se amplía por la vía de la interpretación jurisprudencial de los mismos textos constitucionales. Se trata de la invocación de la Corte Constitucional de un sistema de “obediencia jurisprudencial” por parte de los jueces, que se le otorga la condición de obligatoriedad del precedente judicial, con el cual refina una serie de mecanismos para los efectos de disciplinar la aplicación de dicho precedente, y que se ha venido aplicando hasta hoy, tales son: a) La aplicabilidad general del precedente. Con lo cual se indica al precedente judicial están sometidos todos los funcionarios judiciales, administrativos y los particulares; y través de la acción de tutela se corrige las vulneraciones al precedente judicial establecido; b) Se trata de un mecanismo

34 López. *Ibidem*, p. 21.

35 Diego López Medina. *Obra Citada*. P. 20.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-543/92. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

especializado sistematizado por dos causales específicas de procedibilidad: 1) Separarse del precedente judicial. Veamos la jurisprudencia “... En mérito de lo expuesto, tenemos que a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igualmente la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta... o si separan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango... incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela...”³⁷. 2) Posibilidad de separación del precedente Judicial. En la misma sentencia C-698/2004 establece las condiciones para que un juez pueda separarse del precedente judicial de la siguiente manera: “... En conclusión y de manera general para los efectos de la separación del precedente horizontal o vertical, son necesarios dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en condiciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. ...”. Presentadas estas dos “causales judiciales de vulneración del precedente” con ello se pretende la obediencia al precedente tanto horizontal como vertical, pero asimismo admite que hay posibilidad de resistencia a los precedentes que provienen del principio relativo constitucional de autonomía judicial, en cuanto a la interpretación de derecho. La Corte Constitucional reporta que son muchos los casos en donde existen conductas reacias a la imposición de la obligatoriedad del presente judicial, no solo por los jueces sino por entes administrativos³⁸ y se acuñan un sin número de criterios, que se consideran desviados, para no aplicarlo o para desviar o restarle fuerza al precedente³⁹.

En resumen, se encuentra una paradoja en el tema tratado. De una parte, la autonomía judicial se “resiente” cuando la libertad de interpretación judicial se restringe, y de otra se gana coherencia en la aplicabilidad del sistema judicial, se garantiza la materialidad del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las decisiones judiciales; y se intenta controlar la anarquía en que pueden caer las sentencias judiciales, cuando cada juez puede interpretar el sistema jurídico a su antojo; y al existir una obligatoriedad el precedente judicial se pueden construir líneas jurisprudenciales que hagan del sistema jurídico un expectativa predecible.

37 Corte Constitucional. Sen. C-698/2004. M.P. Rodrigo Uprimy. Consultar el texto del profesor Diego López Medina. Ob. cit., en donde el autor hace un extenso y profundo análisis de esta sentencia.

38 Corte Constitucional. Sentencia T-292/2006. M. P: Antonio Barrera Carbonell.

39 Diego López Medina. Obra Citada: “*En la sentencia T-292/2006, la Corte Observa, no sin sorpresa, que los actores jurídicos relevantes (jueces y particulares) siguen sin ponerse de acuerdo sobre los alcances de la doctrina del precedente. Frente a tal confusión hace una presentación integral de la doctrina a partir de las líneas jurisprudenciales existente. La sentencia reafirma estas líneas y busca clarificar las dudas y resistencias que se dejan entever en el proceso de tutela que se revisa.*”.

1.3.4. El Acceso a la Justicia

- a. El acceso a la justicia como derecho fundamental. Jurisprudencia. “El acceso a la justicia constituye un derecho fundamental de todos los asociados. El Estado debe garantizar que los beneficiarios de la justicia puedan libremente acudir a sus órganos judiciales para hacer valer sus derechos a través de la invocación de las pretensiones procesales. Ello constituye un desarrollo del derecho general de petición. Pero en lo atinente al proceso ha establecido la Corte Constitucional que el acceso a la justicia hace parte del núcleo esencial del debido proceso como máxima expresión de la administración de justicia preconizada por la Constitución. Pero esta garantía de acceso a la justicia no solo debe ser pregonada del demandante sino también del demandado”⁴⁰.

Pero el acceso a la justicia no puede reducirse únicamente a la posibilidad de acceder al juez competente a través de la demanda como acto procesal de parte que da inicio al proceso, sino que este debe estar presente durante todas las etapas del juzgamiento. Se viola el principio constitucional del debido proceso por impedimento al acceso a la justicia, cuando al demandado se le impide acudir ante el juez para contestar la demanda que en su contra se ha formulado por el demandante. También ocurre lo mismo cuando para poder contestar la demanda se exige que el demandado preste cauciones que de por sí son altamente onerosas, tal es el caso del artículo 140 del anterior Código Contencioso administrativo, o cuando se exigía para la impugnación contra liquidación de impuestos, tasas, contribuciones en favor del Estado, el depósito de lo liquidado como garantía de pago. Tal norma fue declarada parcialmente inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 86 de 25 de julio de 1991.

No obstante la anterior decisión de inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia, no se produjo la misma decisión por parte de la Corte Constitucional, respecto del artículo 424, parágrafo 20., numeral 2., del Código de Procedimiento Civil, cuando esta norma exige que para que el demandado sea escuchado, en proceso de restitución de inmueble arrendado y la demanda se funde en la falta de pago de la renta de arrendamiento, éste debe demostrar que está al día en dichos pagos, bien sea a través de la consignación del total de lo reclamado a órdenes del juzgado o con recibos expedidos por el arrendador. De otro lado se ha discutido si el establecimiento de términos de caducidad puede conducir a la violación del derecho fundamental de acceso a la justicia. Sin embargo, la figura de la caducidad ha sido justificada en la medida que quien puede ejercer la acción está en plena libertad de hacerlo, pero si lo hace

40 Corte Constitucional. Sentencia T-268/96.

las relaciones jurídicas deben alcanzar estabilidad. Esa estabilidad se lograría cuando el interesado en las acciones no las ejerce en su tiempo.

- b. **Obligatoriedad en el acceso a la justicia.** Si los justiciables tienen libertad en el acceso a los tribunales de justicia de otro lado, se convierte en una obligación para aquellos, el concurrir a ellos, en el evento en que consideren violados sus derechos y pretendan su restablecimiento. De esta manera se establece la prohibición de la violencia privada para tutelar los derechos (auto-tutela) la llamada justicia privada. Término este mal utilizado, pues la forma de auto-tutelarse los derechos por sí mismo no constituye una justicia, sino por el contrario, una injusticia. Es de anotarse, que lo anterior no implica que no se pueda utilizar, por los justiciables, fórmulas pacíficas para la solución de conflictos de intereses. Tales fórmulas son la auto-composición en donde son los interesados los que directamente intentan dar solución al conflicto. De dos modalidades, puede entonces presentarse tal auto-composición por concesiones mutuas que efectúan las partes del conflicto, llegándose a la transacción y esto es, por actuación bilateral de aquéllos.
- c. **La audiencia bilateral.** 1) **Noción.** Así como se ha permitido a una persona acudir libremente ante los tribunales de justicia a pedir que le sean actuadas sus pretensiones, asimismo, es necesario permitir que la parte pasiva de la relación procesal, esto es, quien sufre los cargos o soporta las imputaciones debe tener la posibilidad de acudir al tribunal de justicia y ser oído a fin de hacer valer también sus derechos. Este principio no puede estar ausente del juzgamiento porque sería tanto como negar éste. El principio de audiencia bilateral se concreta especialmente en el llamado derecho constitucional de defensa. Pero es de anotarse que múltiples manifestación y presupuestos para que él pueda concretarse: derecho a la igualdad, derecho de petición, libre acceso a la justicia, etc. 2) **Audiencia general de ambas partes.** De lo dicho anteriormente se concluye que la audiencia general debe concederse a ambas partes, no es posible hablar de tal principio cuando el juez sólo ha dado la posibilidad a una de las partes. En tal evento, obtendríamos un rompimiento del principio de la imparcialidad, ya que el juez sólo tendría como material para edificar su sentencia, la alegación de una parte, negándose de paso la naturaleza misma del proceso, pues no se entendería una contienda en donde una parte tenga todas las garantías y la otra sin defensa. Sin embargo, es preciso establecer con anterioridad, quienes son realmente las partes ya que de lo contrario, podrá conducir a la negación de la audiencia bilateral. Los códigos por regla general exigen que desde el inicio del proceso, la contienda sea planteada con partes conocidas y legitimadas ya que el proceso podría malograrse si se adelanta con personas que no tienen legitimación, negándose así la audiencia a la persona que debió ser oída y otorgándose audiencia a una persona que no debió serlo. 3) **La audiencia general de las partes no es**

- absoluta. No podemos pensar tampoco, que la defensa de una de las partes tenga que ser materializada, esto es, que la parte oponga sus defensas u oposiciones en concreto, enfrentándolas a las pretensiones de la otra. El principio se desarrolla en su plenitud cuando se les otorga la oportunidad para que las partes hagan valer sus derechos. Si la parte interesada no hace uso de esa posibilidad no es posible pensar que no se ha dado audiencia, por el contrario, la oportunidad de ser escuchado se ofreció pero la parte no la utilizó, correspondiéndole a ésta la libertad de materialización. Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es la eventualidad de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser acogida o ser rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere. El derecho de defensa en juicio no es el derecho sustancial de las defensas; sino el puro derecho procesal de defenderse.
- d. Formalidad de la audiencia. De otro lado la formalidad de la audiencia o mejor de la oportunidad, debe efectuarse de acuerdo con la ley. No es posible hablar de oportunidad de audiencia cuando el juez permitió que la parte acudiera al proceso para ser escuchado en una forma indebida, esto es, no con el lleno de la formalidad legal. Si la ley establece que la contestación de la demanda debe efectuarse por escrito, dentro de un plazo determinado, no puede el juez pensar que ha dado oportunidad de audiencia, exigiendo una forma distinta o plazo menor. En tal evento, se ha infringido el principio de la defensa y roto el principio de la imparcialidad ya que con su proceder está tratando a uno de los litigantes de una manera discriminatoria.
- e. La audiencia debe darse en la etapa de cognición del proceso. Asimismo, la oportunidad de defensa debe efectuarse antes de que el juez dicte sentencia definitiva. Si la oportunidad pretende ofrecerse a la parte después que el juez ha fallado no podrá hablarse de imparcialidad en el mismo, pues solo se ha tenido como base una sola versión de los hechos. La etapa ejecutiva del proceso solo está establecida para hacer cumplir lo decidido y no pueden existir oposiciones o alegaciones en esta fase del procedimiento, ya que el juez se limita a realizar y materializar la sentencia.
- f. Fundamento constitucional del principio de “audiatur et altera pars”. El principio de audiencia bilateral se encuentra entronizado en nuestra Constitución de 1886, de una manera general. Los artículos 26, 27 y 28 de la Carta anterior, y 29 de la Constitución de 1991 lo regulan, en el sentido de exigir la plenitud de las formas propias de cada juicio para ser juzgado. Por lo tanto, al consagrarse las formas propias de cada juicio como norma genérica se está

estableciendo este principio, ya que es la ley la que establece la audiencia o derecho de defensa de manera concreta.

1.3.5. Prevalencia del Derecho sustancial

Al juzgamiento acuden los ciudadanos para obtener el reconocimiento de sus derechos subjetivos, es decir, los que les han sido otorgados por las leyes. De tal manera que el juzgamiento no puede convertirse en el caparazón que desconoce tales derechos. Es por ello que los juzgamientos deben corresponder al debate sobre el derecho sustancial, y no a debates sobre las formas procesales. El contenido del proceso corresponde a los derechos subjetivos reclamados por las partes. El artículo 228 de la Constitución establece que la razón de los procedimientos es hacer prevalente el derecho sustancial; esta es la regla de oro en materia de juzgamientos y con ello podemos afirmar que quedó constitucionalizado el objeto del proceso.

Pero se hace necesario precisar su alcance, pues en algunas oportunidades se ha desviado, y tal desviación es tan perversa como su no aplicación. La desviación consiste en afirmar que el derecho sustancial prevalece sobre el derecho procesal. No hay falacia más grande que esta. El derecho procesal debe ser prevalente en la formas de juzgamiento, pues las formas procesales hacen parte del derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta. Y todas las formas procesales, respetadas y prevalentes, deben conducir a que el contenido de la sentencia reconozca los derechos sustanciales a quien le asisten. Pero no puede llegar a afirmarse, que los juzgamientos pueden ser de cualquier manera, que las formas procesales no importan. Los derechos sustanciales encontrarán máximo respaldo cuando han sido reconocidos dentro de un juzgamiento adelantado con el lleno de las formalidades propias del juicio correspondiente, es decir, cuando se ha hecho vigente el debido proceso. La interpretación de los derechos subjetivos debe hacerse a la luz de los derechos fundamentales. Ello quiere decir, que no se puede, so pretexto, de celeridad escamotear la vigencia de dichos derechos. El proceso debe ser el marco en donde todos los derechos fundamentales deben salir airoso.

Otra forma de desviación consiste en afirmar que nuestro proceso judicial es esencialmente “adversarial” para decir, que el Juez sólo debe atenerse a lo planteado por las partes, sin que este pueda llegar a asumir posiciones que le permitan conducirse por otros caminos. No. El Juez debe hacer prevalente el derecho sustancial en sus decisiones, y ello lo habilita para aplicar el sistema jurídico aun en contra de lo que sostengan las partes. Y para que brille el derecho sustantivo, es por lo que la ley habilita al juez para que decreta pruebas de oficio aun cuando la actividad de las partes haya sido negligente o descuidada,

o producir, en ciertos casos, fallos ultra o extra petita. El proceso judicial, constitucionalizado en su objeto por el artículo 228 de la Carta, no es un escenario para el más diestro, sino para que se dé la razón a quien la tiene, pero de acuerdo con el sistema jurídico.

Pensar de otra manera, sería tanto como habilitar a las partes para que le hagan producir al juez decisiones que pueden ir en contra del mismo sistema jurídico sobre el argumento que el juez debe resolver únicamente sobre lo que las partes pidan. Si ello fuere así llegaríamos al caso de una absoluta manipulación del juez por las partes que contienden en un proceso, lo cual es rechazable en todos los casos. Precisamente el proceso pretende reducir la desigualdad que en la vida material puedan presentar las partes. Y si el control del proceso esta es en manos de las partes pues el desequilibrio de acentuará, y el juez no sería más que un avalador del poder de una de las partes y no quien entregue justicia.

1.3.6. Juez dotado de poderes

Los jueces, por el sólo hecho de recibir la designación, reciben una serie de poderes que debe usar para el cumplimiento de su misión. Estos poderes pueden ser sintetizados así:

- a. Poder de decisión. Con este poder el juez de la causa está autorizado para tomar la decisión definitiva que el caso requiere. Con este poder cumple la justicia su primer cometido, el de decidir con autoridad la controversia que ha sido sometida a su examen, entregando un reparto justo a los asociados. Por razón de este poder el juez tiene la potestad de interpretar tanto las normas sustanciales como procesales aplicables al caso concreto. Por tanto, el actuar del juez no es de simple confrontación. Él va mucho más allá. El juez está sometido a la aplicar las normas al amparo de los principios consagrados en la Constitución Política, toda vez que el decir que se hace justicia, solo se puede predicar en la medida que la decisión judicial tenga respaldo constitucional⁴¹.
- b. Poder de ejecución. Hace referencia al poder que tiene el juez de hacer cumplir la decisión judicial. Si las decisiones judiciales no se cumplen, el aparato estatal volará en mil pedazos. Sin embargo, este es uno de los aspectos que mayor retardo en nuestra administración de justicia se tiene. En algunos casos, más tiempo dura el cumplimiento de la sentencia que el proceso mismo, haciendo o nugatoria la justicia o haciéndola tardía, siendo

41 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-366/00; T-320/93.

esta circunstancia uno de los gérmenes generadores de incredulidad en el aparato judicial, por parte de los asociados⁴².

- c. Poder cautelar. Al lado de los dos poderes clásicos emanados de la jurisdicción, el de decisión y ejecución, se vienen abriendo paso otros que constituyen herramientas muy valiosas para el cumplimiento de su misión, por los jueces. Se trata, en primer lugar, del llamado poder cautelar. Mediante el cual el juez está autorizado para tomar las medidas y actuaciones que la ley le permite para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Estas actuaciones cautelares que pueden ir desde una ejecución anticipada de una sentencia, pasando por la ejecución provisional de la sentencia, hasta llegar a las llamadas medidas cautelares, corresponden a la policía de proceso. En donde el juez esa autorizado para remover los obstáculos, que pudieren hacer de la sentencia una simple decisión contenida en el papel, y muy lejos de ser realidad. Este poder dota al juez de la posibilidad de asegurar, desde el inicio del proceso, los elementos que le permitirían hacer efectiva la sentencia. Por ello, paraliza bienes en cabeza del deudor, para luego realizarlos en pública subasta, y luego satisfacer el crédito cobrado. Es decir, el juez se encuentra en el dilema de actuar, contrarrestando el peligro de daño en que se encuentra el acreedor paralizando los bienes del deudor, o no actuar dejando los derechos del deudor en su cabeza y esperar que este voluntariamente cumpla la sentencia. La ley optó por lo primero, en consecuencia, las cautelas tienen que ver con la ejecución de la sentencia, e impedir que esta sea burlada por acción de los demandados. REGLAS GENERALES. Esta figura de la tutela cautelar, plantea una serie de reglas que el funcionario que ha de conocer del proceso no puede descoser a la hora de adoptarlas. Pues la ley, no dio un poder general de cautela. Es decir, no es que el juez pueda adoptar las medidas cautelares que le parezcan, sino que el mismo legislador se las señaló con anterioridad. Parámetros de los cuales no puede salirse el juez. a) La taxatividad. Quiere decir que el juez sólo puede decretar y practicar las cautelas debidamente autorizadas por el legislador. b) La cautela debe recaer sobre los bienes del deudor. Es decir, Estas medidas no pueden ser utilizadas indiscriminadamente hasta llegar a afectar derechos de terceros ajenos al proceso. No. Solamente los demandados en el proceso pueden soportar las cautelas. c) Se decretan a petición de parte. El juez ordena una medida cautelar siempre que medie una petición de la parte interesada. Sin embargo, en esta materia hay algunas pocas excepciones en donde se permite un actuar oficio del juez. d) Se debe jurar ante el juez que las cautelas pedidas sólo afectaran los derechos del demandado. e) Las cautelas deben ser proporcionales a lo reclamado en la demanda, ellas no pueden ser utilizadas para los excesos ni los abusos de los acreedores. f) Se debe ofrecer caución para garantizar los perjuicios que con

42 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: T-329/94.

- ellas se pudieren ocasionar. g) Si las cautelas practicadas causan perjuicios a las partes, o a terceros el peticionario de las mismas debe indemnizar los perjuicios. h) Si terceras personas resultan afectadas con las cautelas, están tienen la posibilidad de oponerse a ella y obtener el levantamiento de las mismas. Las distintas legislaciones pueden exonerar algunos de estos postulados, pero necesitarán norma expresa que así lo indique⁴³.
- d. Poder correccional. La función jurisdiccional otorga al juez el poder correccional. Consistente este en atribución del juez para sancionar a empleados públicos y particulares que incumplan sus órdenes, a quienes le falten al respeto en el ejercicio de sus funciones. Tal función correccional se encuentra consagrada en el artículo 39 del C.P.C., y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, a partir del artículo 58⁴⁴.
- e. Poder de control de constitucional. Además de las anteriores funciones que cumplen los jueces de la República, la función jurisdiccional se extiende hasta otorgar un control de constitucionalidad de la normatividad que han de aplicar, por vía de excepción. Es la llamada excepción de inconstitucionalidad. Asimismo, es de anotarse, que en nuestro medio, el sistema de control de constitucionalidad vigente es el llamado difuso, el cual no es entregado en forma total y exclusiva a un sólo tribunal o corte sino que tal control se le entrega a todos los jueces y por tanto deben cumplir con esta misión. Mediante el control difuso a todos los jueces les corresponde aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando de una norma jurídica contradice los postulados constitucionales, y en tal caso deja de aplicar tal norma para darle prevalencia a la constitución. Desarrollándose de paso el principio de supremacía de la Constitución. De otro lado, dentro del control difuso se encuentra la función que tienen todos los jueces para adelantar la acción de tutela, cuando los derechos fundamentales ha sido quebrantados o estén en peligro de ser quebrantados, por cualquier funcionario público y aún por particulares. Tal mecanismo de protección a la constitucionalidad de la vida jurídica del país y como mecanismo subsidiario a la tutela ordinaria cuando esta no opera o es insuficiente. Fue entronizado en nuestra Constitución de 1991 en su artículo 86 y desarrollado por el Decreto 2591 de 1991. En el acto legislativo No. 1 de 1968 se mantuvo la excepción de inconstitucionalidad pero paso a ser el artículo 215 de la Carta política, en donde se mantuvo hasta la Constitución de 1991 en donde fue ubicada en el artículo 40. En el Título I de los principios fundamentales, adquiriendo así su máxima expresión, al ser reputada como principio rector, del naciente, Estado Social de Derecho⁴⁵.

43 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-039/04.

44 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: C-037/96.

45 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: C-050/99.

1.3.7. Juez con competencias regladas

- a. Constituye un elemento integrador del núcleo esencial del debido proceso. El debido proceso como derecho fundamental de los justiciables debe ser adelantado por los jueces o tribunales competentes. Así lo consagra expresamente el artículo 29 de la Carta Política. Es decir, el Juzgamiento no puede adelantarse por Tribunales o jueces incompetentes así estén dotados de jurisdicción, entendida esta como la potestad de administrar justicia. El derecho fundamental al debido proceso, protegido por la constitución, no permite que otros funcionarios entren a invadir la esfera de competencia de los jueces asignados por la ley, con anterioridad a la ocurrencia de los hechos. Si un juzgamiento se adelanta en estas condiciones, tal actuación sería violatoria de los derechos fundamentales, y acusable en vía de tutela. Pero de otro lado, el funcionario que actuare de esta forma podría dar lugar a un delito⁴⁶.
- b. Constituye un requisito Procesal. La competencia hacer referencia a la determinación o individualización del juez que ha de conocer de un caso concreto. Al asignarle la competencia a un juez se le está dando concreción a la jurisdicción. No podríamos afirmar que una persona esta investida de competencia pero no de jurisdicción. Toda vez que si no ha sido investido para de la potestad para administrar justicia no puede conocer de ningún caso en concreto. Tampoco podríamos afirmar que un juez esta investido de jurisdicción, pero no tiene asignadas las competencias, en este caso estaríamos frente a un concepto hueco y sin contenido. Sin embargo, podríamos decir que un juez no es competente para conocer de un asunto, porque este fue asignado por la ley a otro juez de la misma especialidad. La competencia tendrá importancia para el proceso, cuando este debe ser asignado a un determinado juez. La indebida asignación de la competencia genera en los procesos distintas consecuencias jurídicas, pero en todas ellas constituye una causa de repulsa. Así por ejemplo, La falta de competencia genera el rechazo de plano de la demanda, constituye una excepción previa que puede ser alegada por el demandado, se incurre en una causal de nulidad y constituye la falta de un presupuesto procesal.
- c. Regla general. La Asignación de competencias en cualquier juzgamiento, corresponde a la ley. Las competencias deben estar debidamente regladas. Ninguna jurisdicción puede arrogarse competencia que claramente no le esté señalada en la Constitución o en la Ley. Sin embargo, la ley puede quedarse en un momento corta en el señalamiento de los jueces que han de conocer de un determinado asunto, pues la casuística es enorme y el riesgo es latente.

46 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-543/92; T-249/95.

Cuando un asunto no tenga asignada expresamente la competencia, esta se redistribuirá a través de la llamada por el derecho procesal: competencia residual. Para materia civil está consagrada en el artículo 16 numeral 9º del Código de Procedimiento Civil. El Nuevo Código General del Proceso con una redacción más precisa, en su artículo 15, asigna a los jueces civiles del circuito la competencia residual, para los asuntos que corresponden a la jurisdicción civil, y no se les haya atribuido competencia.

Es fundante para Colombia, que el Juez que conocíamos anteriormente, el que decide controversias, el que repite el Derecho en el caso controvertido, el que subsume la norma en el caso a decidir, etc., ya no va más. Ahora se trata de un juez que se le asiste un compromiso de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y que su misión se centra en hacer prevalente la justicia material. El artículo 228 de la Constitución constitucionalizó el OBJETO DEL PROCESO JUDICIAL para indicar que en ellos prevalecerá el derecho sustancial. Y no solamente en los casos individuales, sino ahora en los casos generados por los hechos sociales que con desconocimiento de Constitución (norma jurídica) se hace necesario corregir y para ello la sentencia judicial es el instrumento adecuado. Es decir, el juez adquiere la condición de JUEZ CONSTITUCIONAL en todos y cada uno de los casos individuales y sociales que lleguen a su conocimiento. La forma de las normas, ceden terreno frente a su contenido material, pues la razón de los procedimientos es hacer prevalente el derecho sustantivo. Pero esa prevalencia, va acompañada por el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales; es decir, que el juez debe cuidar en que en cada juzgamiento los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes sean respetados. De ahí que el Juez Colombiano, se convirtió en el garante de los derechos fundamentales. Ya no es suficiente su especialidad civil, penal, laboral, contencioso administrativas, etc., sino que ante todo es un juez constitucional.

1.4 La sistematización le garantiza al juez la coherencia del sistema jurídico a aplicar

La sistematización del Derecho, surgió como una forma de darle razonabilidad a este. La producción de normas, unas aisladas en sus contenidos, otras dispersas en el tiempo, etc., hacían de la aplicabilidad normativa una misión muy difícil, lo que fácilmente conducía a inexactitud, en el error, etc.

La codificación vino a superar en gran medida estas dificultades, pues con criterios de ordenación se empezaron a expedir catálogos normativos que suelen denominarse Constituciones, Códigos y Reglamentos, que se presentaron inicialmente con partes generales y especiales, y las mismas divididas en libros,

títulos, secciones y artículos, que dieron una mejor adecuación al sistema a la hora de consultarse, estudiarse y aplicarse. Sin embargo, hoy tal sistematización está en grave riesgo, pues se ha estado presentando una fragmentación de la sistematización, para expedir por vía de leyes especiales u ordinarias o decretos, fragmentos o capítulos de los códigos, para ahora contar con leyes especiales temáticamente, tales como ley de divorcio, ley de contratación, ley matrimonio, etc., que van haciéndole perder unidad al sistema, pues temáticas muy cercanas tienen catálogos normativos diversos, y muchos parten de postulados diversos que generan complejidad, contradicción, antinomias, redundancias a la hora de su aplicabilidad, siendo necesario para disuadirlas acudir a discursos extensos, y acudiendo a la Constitución para fundamentar una decisión.

La aplicación del ordenamiento jurídico, está sometido por la jerarquización de normas que consagra la misma Constitución Política de manera explícita y aún de manera implícita. El artículo 4º de la Carta dispone: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Lo anterior indica claramente que la Constitución estableció la jerarquización del sistema normativo nacional, y en consecuencia, ninguna norma puede contrariarla, porque ésta la hace inaplicable en todos los casos. De no ser así no podría garantizarse un orden político, económico y social justo, pues es la Constitución, desde su preámbulo⁴⁷, la que traza el marco jurídico en que debe desenvolverse la sociedad.

La misma Constitución mantiene una jerarquización de sus normas, pues hace prevalente la parte dogmática sobre la parte orgánica de la misma. Toda esta parte de la Constitución debe ser interpretada a la luz de aquella que contiene los fines que se persiguen, es decir, no podría argumentarse que la parte orgánica de la Constitución Política puede ir en contravía de dichos postulados generales, pues sería admitir la presencia del germen de su propia destrucción. Y en materia de derechos fundamentales hace lo mismo. A manera de simple ejemplo el postulado del artículo 5º de la Carta dispone la “primacía” de los derechos inalienables de la persona y ampara la familia como institución básica de la sociedad. Y en el artículo 44 hace prevalente el derecho de los niños sobre los derechos de los demás. De tal manera, que la jerarquización de normas no es extraño dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en tales circunstancias debe dársele este tipo tratamiento a la normatividad cuando las circunstancias pragmáticas lo exijan. No debemos olvidar que el juez es un garantizador de derechos y no un creador de ellos (Dworkin. Los derechos en serio. Ed. Ariel). Hasta se puede predicar conflicto entre principios, y le corresponderá al juez aplicar el que más fuerza de convicción y adecuación tenga para el caso concreto, y la tarea

47 Corte Constitucional. Sentencia C-479/92.

del juez estaría encaminada a ofrecer la justificación racional y razonable para el principio elegido. Pero lo que no se puede predicar es la discrecionalidad de los jueces, para aplicar o no la normatividad jurídica en todas sus expresiones, pues esto no apuntaría hacia las decisiones racionales y razonables.

Lo mismo puede predicarse de las llamadas antinomias que el ordenamiento jurídico pueda ofrecer en cualesquiera de sus normas. Cuando ellas se presenten debe hacerse prevalente los fines constitucionales y los derechos fundamentales, por encima aun de normas también constitucionales.

Dentro de las distintas modalidades que puede ser presentada la ley, ya como estatutaria, orgánica, marco y ordinaria, dentro de estas existe una relación de subordinación. La ley ordinaria está subordinada a la ley estatutaria⁴⁸, y lo está también a la orgánica⁴⁹. La subordinación se predica de las exigencias de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, que para su expedición requieren de un trámite más riguroso que el de las leyes ordinarias, por razones de su contenido material, su control previo de constitucionalidad, la imposibilidad de ser derogadas o reformadas por una ley ordinaria, pues esa misión sólo la pueden cumplir leyes de la misma categoría. A este conjunto de disposiciones “especiales” que unidas a otras como “Los tratados Internacionales”, constituyen lo que ha sido denominado por la jurisprudencia “Bloque de Constitucionalidad”.

Pero es de recordar que esta jerarquía normativa va acompañada de los principios y valores supremos en que se basa la constitución tanto en su parte dogmática y orgánica, como los principios generales del derecho, y los principios de las especialidades que le son propias. Y muy especialmente el llamado debido proceso tanto sustancial como legal, que se funda en la exigencia constitucional en que todos los procedimientos estarán encaminados a hacer prevalente el derecho sustancial⁵⁰.

48 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

49 Corte Constitucional. Sentencia C-600A de 1995.

50 Corte Constitucional. Sentencia T-283/94. “... En sus fallos de tutela y constitucionalidad, esta Corte ha insistido en la preponderancia de los derechos fundamentales frente a las meras formalidades jurídicas, tal como lo consagra el artículo 228 de la carta y los valores y principios del estado social de derecho. Sin embargo, la validez de este postulado general no puede conducir a la subordinación indiscriminada de las formas jurídicas. Este principio general – respaldado por valores y principios de la Carta - no tiene una validez absoluta que se mantenga por encima de cualquier condición fáctica. ... La interpretación adecuada de la primacía anotada significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas. En consecuencia, cuando la aplicación de una norma procedimental pierde su sentido instrumental y finalista para el cual fue concebida y se convierte en una mera forma inocua o, más grave aún, contraproducente, el juez de tutela debe obviar el trámite formal en beneficio del derecho fundamental afectado. Por lo general, la mejor manera de proteger los derechos fundamentales, se encuentra en la observancia de las formalidades y procedimientos consagrados en la ley. La hipótesis contraria sólo posee carácter excepcional – y disfuncional en términos del sistema- que sólo puede tener lugar en casos específicos, en los cuales el juez aporta una motivación contundente que justifica la omisión procedimental. Si se tiene en cuenta que todo procedimiento es un medio para la protección de

Asimismo, el sistema jurídico tiene pretensiones de completitud y coherencia. La sistematización aborda con mayor exactitud todos los temas que se quieren regular, de ahí la pretensión de completitud. Sin embargo, desde la misma sistematización se es consciente de la complejidad del Derecho, porque la casuística puede rebasar la normatividad jurídica y por ello, se implementan fórmulas para complementarlo a fin de dar cubrimiento a todos los casos que pudieren quedar sin expresa regulación. Son las llamadas Lagunas del Derecho. El mismo sistema permite llenar las lagunas a través de categorías como la analogía, que consiste en la aplicabilidad de normas que no son aplicables exactamente, pero por su cercanía a la temática huérfana de regulación, se habilita al aplicador para que las adapte a la necesidad, y sobre ella tome la decisión que se requiere. Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, a esta forma de aplicación de las normas no se reconoce otro estatus que el de aplicación del sistema. Que no se trata de creación del Derecho en el aplicador sino que es aplicación de lo ya legislado. Figuras jurídicas plenamente consagradas en la legislación colombiana y con vigencia actual. Ley 153 de 1887⁵¹.

En cuanto a la pretensión de coherencia, las posibilidades de disuadir antinomias, contradicciones, vaguedades, etc., en que incurre la legislación está también cubierta por el sistema jurídico, pues se consagra los métodos interpretación a que deben acudir los aplicadores del Derecho cuando sea necesario para tal disuasión⁵².

1.5 El juez es creador de derecho

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...”. Hasta el momento de dictar la Constitución de 1991, se entendía que el sistema jurídico estaba integrado por leyes. Las leyes eran dictadas por el Congreso de la República, de acuerdo con el procedimiento legislativo señalado para tal efecto. Desde su contenido, las disposiciones que ordenan, permiten o prohíben. Desde su validez las que cumplen con la llamada regla de reconocimiento. Y su interpretación correspondía a la actividad para búsqueda del sentido que el legislador le asignaba a la ley. Por tanto entonces, a la ley se le asignaba una nomenclatura englobante como era: norma jurídica. Pero a través de la jurisprudencia constitucional se indica que estos elementos sólo dan la condición de regla jurídica, y que la norma jurídica además está integrada por los principios (referentes

derechos, el juez debe demostrar en la parte motiva de su fallo que, en el caso concreto que analiza, las formalidades impuestas por la ley perdieron su virtualidad”.

51 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083/95

52 *Ibidem*.

constitucionales de integración, interpretación y aplicación) y los llamados “Postulados Normativos” que corresponden a los criterios de los aplicadores del Derecho (los jueces), que deben ser tenidos en cuenta para los efectos de la interpretación (la jurisprudencia) como los casos ya juzgados (precedentes), a fin de hacer del sistema jurídico un regulación coherente con la aplicación de los postulados constitucionales de igualdad y seguridad jurídica. En consecuencia, lo que era ley antes, ahora sólo es regla jurídica; y para que alcance la condición de norma o ley, debe incluirse los principios y los postulados normativos. Veamos entonces las razones del cambio, pues la sola afirmación “los jueces crean Derecho”, se consideraba un sacrilegio.

1.5.1. Las Reglas Jurídicas

Norma jurídica es aquella disposición legal incorporada al sistema jurídico, lo cual no permite asignar esta categoría a disposiciones que estarían por fuera de dicho sistema. Es decir, esta concepción goza de gran vaguedad, pues al no ser posible vincular en la definición un gran número de propiedades que lo caracterizan, la intensidad del concepto se ve reducida enormemente, y en tal caso se consideran como propiedades determinantes del concepto de Derecho, al normativismo y a la coacción.

El positivismo jurídico (Kelsen) que exige estas condiciones para las normas jurídicas, ha construido instrumentos metodológicos que permitirían establecer tal correspondencia de una disposición al ordenamiento jurídico o no, para de ahí derivar su condición de norma; es la llamada regla de reconocimiento (Hart). Quiere decir, que el esfuerzo de Hart se concentra en la reducción de la vaguedad que acompaña a este concepto, y para algunos que renunció a dar una definición del concepto de “Derecho”⁵³. Pero a su vez, Hart intentó reducir la vaguedad en el plano extensional (su ámbito de aplicación), entendiendo el “Derecho”, para sociedades desarrolladas, como un conjunto de normas de dos tipos fundamentales: Las Primarias y las Secundarias. En donde las normas primarias o básicas son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no. Las secundarias son normas de segundo grado, que se refieren a las primarias entre las que distingue: las normas de reconocimiento, que establecen qué normas pertenecen al sistema, es decir, forman parte del Derecho; las normas de cambio, que indican cómo se puede modificar y crear nuevas normas y quien puede hacerlo; y las normas de adjudicación o de aplicación, que establecen los órganos que deben decidir si se ha infringido o no una

53 HART señala el carácter abierto y complejo del Concepto de Derecho como para encerrarlo en una cláusula definitoria.

norma primaria. En conclusión para Hart las reglas del primer tipo imponen deberes, las del segundo confieren potestades, públicas o privadas.

Se puede decir que existe una opinión generalizada, más no unánime⁵⁴, el concebir el Derecho como un conjunto de normas. Sin embargo, podemos partir del hecho de admitir que, ante todo, el “Derecho” está compuesto, esencialmente, por normas; y los “derechos” están constituidos por un conjunto de normas. Que las normas jurídicas no pueden calificarse de falsas/verdaderas⁵⁵, pero sí como válidas e inválidas, eficaces/ineficaces, justas e injustas, que es lo que les da sentido. Que es posible distinguir las normas (en lo que consiste el Derecho) de las proposiciones normativas (en lo que consiste la Ciencia del Derecho), siendo, solamente estas, susceptibles de ser calificadas como falsas o verdaderas. Que los problemas semánticos de ambigüedad y vaguedad son perfectamente aplicables al lenguaje normativo, siendo de valiosa ayuda a la hora de interpretar el Derecho. Que las normas también pueden ser sometidas a un análisis sintáctico (estudiar cómo están estructuradas las normas, en sus elementos). Que las normas jurídicas tienen una función directiva, es decir, que corresponden a enunciados que tratan de influir en los comportamientos de aquellos a quienes va dirigidos, y dentro de las directivas a las que tienen un carácter más fuerte denominado prescripciones.

Pero la categoría que identifica a las normas jurídicas es la llamada validez, que consiste en que deben ser dictadas por el órgano competente y a través de un procedimiento establecido (Kelsen), a lo que los iusnaturalistas le agregarían como requisito de contenido que las mismas fueren justas, haciendo equivalentes validez, existencia y deber de obediencia. Para la concepción hartiana la validez se deriva de la llamada regla de reconocimiento. Para G.H. von Wright, las normas jurídicas (que él llama prescripciones) presentan una serie de elementos necesarios para alcanzar tales condiciones, son ellos: el carácter⁵⁶; el

54 Para el Realismo Jurídico americano, El derecho no son tanto normas como conductas y comportamiento de los jueces los y otros funcionarios. Para Carlos Cossio, el Derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva y la norma solo es un concepto apto para mentar la conducta. Para las teorías marxistas del Derecho encontramos a Pasukanis, partiendo de la idea que la Economía ofrece la clave para comprender lo jurídico, defendió la tesis de que el Derecho no consiste propiamente en normas (que sería más bien un aspecto derivado, secundario), sino que el Derecho es la forma de una relación social específica, la relación que tiene lugar entre poseedores de las mercancías que intercambian como equivalentes.

55 Hay autores como G. Kalinowski que utilizando el concepto de verdad en Tarski atribuyen también a las normas valores de falso/verdadero. La noción fundamental en las normas jurídicas que vendrían a hacer las veces de la verdad en los enunciados descriptivos sería la categoría de validez (Garzón Valdés). Pero la mayoría de autores asignan a las normas jurídicas la categoría de validez cuando estas han sido dictadas por un órgano competente y de acuerdo con el procedimiento legislativo correspondiente, que conducen de alguna manera a la definición Kelseniana.

56 Corresponde a la caracterización de determinadas acciones como: obligatorias, prohibitivas, permitidas o facultativas.

contenido⁵⁷; la condición de aplicación⁵⁸; la autoridad⁵⁹; el sujeto⁶⁰; la ocasión⁶¹; la promulgación⁶²; la sanción⁶³. Sin embargo, este autor precisa que todas las normas (aun las diferentes a las jurídicas) se caracterizan por presentar los tres caracteres iniciales: el carácter, el contenido, y la condición de aplicación.

El cuestionamiento que se mantiene para la construcción estructural del Derecho, consiste en que esta no es suficiente para explicar la distinción entre el Derecho y otros órdenes normativos. Tal es el caso de las normas jurídicas, religiosas, morales, etc., cuyas diferencias dependen en mayor grado de la función que cumplen, o desde el punto de vista axiológico que se les asigna. Y de otro lado, que nada garantiza que las normas jurídicas respondan siempre a la misma estructura utilizada.

Cuando se considera que la norma jurídica es aquella que prescribe una sanción, es porque se obedece siempre a una misma estructura. Y son muchos los casos en que normas jurídicas no prevén una sanción. Lo cual conduce a elaborar lenguajes artificiosos, a fin de dar coberturas a normas jurídicas que quedarían por fuera de dicha estructura, tal es el caso de la denominación “supuestos de sanción”⁶⁴.

Asimismo, se reconoce que no todos los artículos que aparecen en los sistemas jurídicos, expresan una norma completa; muchos son antecedentes o fragmentos de otras normas, necesarias para su cabal comprensión. Lo cual conduciría a decir que es prácticamente imposible formular una norma jurídica completa. Igual suerte corren las normas que establecen potestades (los permisos); las que establecen obligaciones y prohibiciones cuando los destinatarios cumplen sus obligaciones o no infringen las prohibiciones.

Las normas para ser jurídicas deben estar incorporadas en el sistema jurídico. Para los operadores jurídicos, es muy difícil generar decisiones que se aparten de lo normado en el “Derecho”, so pretexto de hacer prevalentes postulados

57 Corresponde a la acción o acciones afectadas por el carácter, de decir: lo obligatorio, lo prohibido, lo permitido.

58 Corresponde a las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma (si sólo son las circunstancias que surgen del propio contenido, la norma será categórica; si hay otras adicionales, será hipotética).

59 Corresponde a quien dicta la norma.

60 Corresponde al o los destinatarios de la norma.

61 Corresponde a la localización espacio-temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma.

62 Corresponde a la formulación de la norma, es decir, las expresiones de algún lenguaje para que pueda ser conocida.

63 Corresponde a la amenaza de un perjuicio en el caso en que sea incumplido el contenido de la norma.

64 Una norma jurídica que establezca “la indemnización” cuando se incumpla un contrato, o “la nulidad” de un contrato cuando se haya celebrado sin los requisitos legales.

o ideales superior que la misma normatividad no consagra. Parece ser que la llamada seguridad jurídica exige un apego a lo reglado, pues la reglas del juego social, y las condiciones de convivencia hacen que tal exigencia sea necesaria para generar espacios de credibilidad y aceptabilidad de las soluciones que el Derecho ofrece. Si el Derecho resulta lastimado o desconocido, aun con fines altruistas, no deja de introducir en la mente de los asociados grados de incertidumbre e incredibilidad en el Derecho mismo, lo que lo habilitaría para estar siempre en guardia y mejor en pie de guerra, para defender a cualquier precio el derecho que las normas le otorgan. Y el ciudadano no aceptará jamás que un desconocimiento del “Derecho”, se justifique impunemente.

El imperio de la Ley. La Constitución Política de Colombia de 1991 consagró en su artículo 230 como regla fundamental de orientación para los jueces, que estos solamente estarán sometidos al imperio de la ley, definida esta como en el artículo 4º del Código Civil, así: “Ley es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

Desde esta regulación normativa el juez está sometido a la aplicabilidad de la ley, en cualquiera de las formas que la Constitución permite que sea presentada: leyes ordinarias que pueden ser leyes individuales o codificadas (art. 150 de la Constitución), leyes orgánicas (artículo 151 de La Constitución), o leyes estatutarias (artículo 152 de La Constitución). Además se considera como un tipo especial de leyes, los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República en desarrollo de los estados de excepción, a los cuales se hace referencia a partir del artículo 212 de la Constitución, como el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior, y el estado de emergencia. Por su parte la ley 153 de 1887, artículo 11 dispone: “Los decretos de carácter legislativo expedidos por el gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes”.

Para la aplicación de la ley los artículos 28 y 29 del Código Civil disponen: “art.28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará a estas su significado legal”. “ART.29. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. Quiere decir lo anterior que la ley utiliza, en principio, un lenguaje corriente que es usado por la comunidad y el significado que se asigna a las palabras no puede ser otro que el que corresponde al idioma materno que para nuestro caso lo es el español. Sin embargo, las figuras que son creadas por el derecho se deben entender con el sentido jurídico asignado por la misma ley. Y en muchos casos el mismo legislador expide leyes que contienen

definiciones para precisar el alcance que a una figura jurídica o una expresión consagrada, en otra norma, se le deba dar. Como se observó en el artículo 28 del Código Civil, dichas definiciones son de obligatorio acatamiento por parte, en este caso, de los jueces.

La Corte Constitucional ha considerado que le corresponde al legislador por medio de las leyes interpretar estas, en desarrollo del artículo 150 numeral 1º de la Constitución. Y en consecuencia, esta interpretación será auténtica o por vía de autoridad, que tiene por finalidad establecer el alcance y el significado de las normas expedidas por el congreso, las cuales serán obligatorias y alcanzan un carácter general, asignándoles fuerza jurídica vinculante con la norma interpretada, aun cuando su objeto no sea establecer nuevos mandatos o prohibiciones y agrega: “la norma interpretativa se incorpora a la interpretada constituyendo con esta, desde el punto de citas sustancial, un solo cuerpo normativo, un solo mandato del legislador”. (Sent. C-270 de 1993). Posteriormente dijo. “Una ley interpretativa excluye uno o varios de los diversos sentidos posibles contenidos en otra disposición antecedente y de su misma jerarquía, pero ambas disposiciones conservan su propia existencia formal, sin perjuicio de una diferente redacción textual, más descriptiva en cuanto a sus contenidos materiales a fin de definir si alcance. En efecto, la ley que interpreta a otra anterior es una orden necesariamente posterior, que está dirigida a todos los operadores del derecho y en especial a los jueces, para que apliquen en los casos concretos a resolver, una lectura u opción interpretativa de un acto normativo de rango formal y material de ley, para que esto suceda, no obstante el ejercicio de aproximación armónica entre los términos empleados en una y otra disposición, como lo ordena la ley posterior”⁶⁵.

Esta podría ser la normatividad, que de manera general, configura el imperio de la ley a la cual estaría sometido el juez. Pero se hace necesario hacer unas precisiones en torno a la composición de la ley, que pueden influir en el juez a la hora de aplicarla.

- a. Marco Constitucional. En primer lugar, todo el ordenamiento jurídico y especialmente la ley está sometida, por el marco que establece la Constitución que corresponde al llamado preámbulo. Desde la sentencia C-479 de 1992, el preámbulo dejó de ser simples anhelos del constituyente para reconocerle la condición de principios inspiradores del diseño de la estructura del Estado, y una motivación política de toda la normatividad que como hilo conductor armoniza en forma integral y razonable el orden jurídico. Y al haberse otorgado poder vinculante a dicho preámbulo, las normas jurídicas en toda su generalidad deben estar observadas e interpretas a la luz de dichos fines

65 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia C-424 De 1994.

constitucionales. Quiere decir, que las leyes, los códigos, etc., anteriores a la vigencia de la Constitución de 1991 deben tener una nueva lectura, pues esta garantizó la efectividad de los derechos fundamentales, ello se deduce del artículo 2º de dicha Carta, y ninguna figura jurídica o norma puede estar al margen de dicho marco constitucional. Es por ello que la misma Corte Constitucional ha entrado a revisar constitucionalmente, aún a los actos legislativos expedidos por el Congreso, pues siendo Colombia un Estado social de derecho (art. 1º de la Constitución), no puede permitir enquistarse gérmenes que lo desconozcan. Es decir, ha llegado a declarar inconstitucionales normas con rango constitucional que no se allanan al marco de un Estado social de derecho. De tal manera entonces, que la visión del juez frente a la ley debe ser a la luz de la Constitución, pues esta es: “norma de normas” tal y como lo consagra en la artículo 4º constitucional.

- b. Alcance de la ley en su aplicabilidad. Un segundo aspecto que debe tenerse en cuenta para la correcta aplicación de la ley a al cual está obligado el juez, es el relativo a la integración de la normatividad legal. Las normas contienen dos elementos uno ético-moral y uno jurídico. El primero es la esencia de la obediencia, y el segundo el exigible e impositivo. Las normas redactadas en forma general y abstracta intentan agotar las posibilidades que los casos de la vida ofrecen, pero la experiencia muestra otra cosa, pues la praxis es superior a la teoría, y por más general que esta se muestre, siempre aparecen casos que no se adecuan exactamente al supuesto fáctico señalado por el legislador. Y se hace necesario ampliar el radio de acción de la norma jurídica.

Pero antes de buscar ampliaciones de interpretación para la ley, le corresponde al juez: “afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso”⁶⁶

Pero cuando a pesar de la juiciosa actividad judicial anterior, la norma legal no le permite al juez la aplicación directa e inmediata de la ley, por la variedad del caso concreto, el mismo ordenamiento jurídico le ha previsto fórmulas para su integración, todo con la intención de ofrecer una respuesta constitucional y justa, a la necesidad de justicia que reclaman los ciudadanos.

La jurisprudencia ha precisado que a pesar de que el juez module la ley al caso concreto, ello no implica que este desatienda la norma legal o se aparte de la voluntad del legislador, sino que tal modulación tiene como finalidad evitar inequidades manifiestas o despropósitos. (Sentencia: T-518 de 22 de septiembre

66 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia T-518 De 22 De Septiembre De 1998.

de 1998). Si el caso concreto rebasa el contenido de la norma legal, el ordenamiento jurídico cuenta con la Ley 153 de 1887, que en su artículo 8º dispone que: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas del derecho”. Esta norma ya fue sometida a revisión constitucional declarándose exequible según la sentencia C-083 de 1995, de la Corte Constitucional.

- c. La costumbre. De otro lado, se debe tener como fuente del derecho a la costumbre, entendida esta como la pluralidad, uniformidad, continuidad y generalidad de prácticas sociales que desarrollan una regla de derecho, cuya aplicación en muchos casos la exige la ley, y el mismo artículo 13 de la Ley 153 de 1887, dispuso que “constituye derecho” a falta de legislación positiva. Cuando la costumbre es reputada derecho, es claro que el legislador no le atribuyó este carácter únicamente a la legislación positiva, y por ello se hace necesario manejar criterios más amplios para la aplicabilidad de la ley y este debe ser el de ordenamiento jurídico.

De otro lado, para la costumbre la misma legislación positiva hace regulación específica para ciertas eventualidades en que se presente esta, por ejemplo: costumbre contra la ley, negándole valor a aquella con supremacía de ésta, y no admite que se invoque contra la ley el desuso para su inobservancia, ni practica alguna, por inveterada y general que sea, en los términos del artículo 8º de Código Civil. Permitiéndose solamente la costumbre secundum legem, como la praeter legem en donde la primera hace referencia a su fuerza obligatoria por encontrar respaldo en la ley positiva. Mientras que la segunda, es la relativa a un asunto no contemplado por la ley positiva, pero que no choca con los principios constitucionales ni legales. Es de recordar que la costumbre, como una de las modalidades de fuente del derecho paso el examen de constitucional mediante la sentencia C-224 de 1994 de la Corte Constitucional.

1.5.2. Los Principios

Después de este somero recorrido en la búsqueda de una definición de “Derecho”, en la Teoría del Derecho contemporánea, aparecen posturas que indican que el “Derecho” no solo está integrado por normas (definiciones) sino además de ello, por principios, esto es, enunciados que establecen metas, propósitos y objetivos, que pueden ser de variada condición tales como: políticos, económicos, sociales, morales, culturales, etc., y que reclaman la aplicación en una sociedad de justicia, equidad y moral positiva. Esta postura partió del trabajo de Ronald Dworkin (Los Derechos en Serio), y con el cual se rechaza la regla de reconocimiento como único criterio identificador del Derecho. Aun cuando

autores como Genaro Carrió que sostienen que dicha crítica a la regla de reconocimiento queda en el vacío, por cuanto esta, no solo permite identificar normas sino también principios.

Pero la pugna ha estado matizada por variables: a) Para quienes consideran que son posibles los principios en Derecho, pero no como integrantes de las normas, es decir, se pregona normas y principios. b) Posturas que indican que las normas están integradas por directrices (reglas) y principios. Y que la regla de reconocimiento debe ser ampliada⁶⁷ para que dé cuenta de que la norma jurídica responde tanto a su condición de directriz (regla) como a su contenido principialístico.

Autores como Raz⁶⁸ (discípulo de Hart), que ha puesto de manifiesto las debilidades que presenta la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico, rechaza la postura de Dworkin, cuando se concluye que por la existencia de debilidades de la regla de reconocimiento, ya de por sí es imposible encontrar un criterio que permita identificar el Derecho.

Con la obra de Dworkin, se pretende mostrar las “necesarias” conexiones existentes entre el “Derecho”, la “Moral”, y la “Política”, muy a pesar del esfuerzo de las escuelas analíticas que se han esmerado por mostrar las diferencias y sus autonomías. Asimismo, Dworkin construye una teoría de los derechos basada en el derecho a la igualdad que difiere de las puramente positivistas y de los derechos morales.

He de considerar que las normas jurídicas constituyen un sistema normativo, pues la tarea de la ciencia jurídica consiste en la descripción del Derecho Positivo y su presentación en forma adecuada y “sistemática” para facilitar el conocimiento del Derecho y su manejo por parte de los individuos que han de estar sometidos por el orden jurídico, y en especial por quienes estarían autorizados en su aplicación, en casos que los ciudadanos se vean inmersos.

El sistema jurídico corresponde a un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Y por consiguiente todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es un sistema normativo.

Las normas jurídicas estarán integradas por conjunto enunciados que contienen un universo de casos y a los cuales se les asigna una o varias consecuencias jurídicas, expresadas en un conjunto de enunciados (enunciados consecuen-

67 R. Sartorius. *Individual Conduct and Social Norms*. Encino. Dichenson. 1971, pp. 191.

68 J. RAZ. *Legal Principles and the limits Of Law*. En *Yale Law Journal*, 1972.

les). La asignación de la consecuencia jurídica exige una correlación deductiva entre el primer conjunto de enunciados y los enunciados consecuenciales (o consecuencias jurídicas). Cuando una correlación deductiva es tal que el primer enunciado es un caso y el segundo enunciado es una solución se dirá que esta correlación es normativa. La función de un sistema normativo consiste en establecer correlaciones deductivas entre casos y soluciones y esto quiere decir que el conjunto formado por el sistema normativo y un enunciado descriptivo de un caso, se deduce el enunciado de una solución.

Sin embargo, es de precisarse que en los sistemas jurídicos no siempre los enunciados corresponden a un universo de casos de los cuales se deduzca un enunciado consecencial (que establezcan obligaciones, prohibiciones o permisiones) sin que se utilizan para fines muy diferentes, tal es el caso de las definiciones de palabras o categorías jurídicas; a estos enunciados se les denomina “fragmentos de norma”. En estas circunstancias, el concepto de norma se ve desdibujado cuando a estos fragmentos de norma, se les asigna la misma nomenclatura.

Así las cosas, el concepto de norma puede rebasar, en su contenido, la consagración de un enunciado de universo de casos y su correlación deductiva de un enunciado consecencial, y estaría constituida por varios enunciados de universo de casos y su correlación deductiva correspondería a varios enunciados consecuenciales. Por ejemplo: Si observamos la norma del artículo 2518 de nuestro Código Civil, encontramos que “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y durante cierto lapso de tiempo y concurrendo los demás requisitos legales”; Universo de casos: posesión material, no haberse ejercido las acciones correspondientes, y lapso de tiempo; Universo de Consecuencias: Prescripción Adquisitiva y Prescripción Extintiva. El Universo de casos rebasa el enunciado de la norma mencionada: La posesión material está regulada en el artículo 762 del mismo Código Civil; Prescripción Adquisitiva puede tener dos modalidades, la ordinaria (artículo 2528) y la extraordinaria (artículo 2531); la extintiva se regula en el artículo 2535 del Código Civil. Es decir, la figura de la prescripción en su regulación normativa ha necesitado de varios enunciados y de varias consecuencias. En conclusión, una norma jurídica puede necesitar más de artículo de un código o de una ley, para consolidar su enunciado normativo y/o su consecuencia normativa.

De otro lado, la aplicación de una norma jurídica depende de que el operador jurídico, encuentre, que su caso corresponde al universo de casos que consagra la norma jurídica a aplicar, y si ello es así se derivará su aplicación que corresponderá a la entrega de la consecuencia jurídica regulada. Si no existe esa correspondencia, se denegará su consecuencia. Es decir, la aplicación de la norma jurídica es de “todo o nada”.

Como se advirtió inicialmente, la incorporación de los llamados principios al concepto de norma, ha vuelto a replantearse el contenido de las normas jurídicas. Es decir, no solo es suficiente que la norma supere la regla de reconocimiento sino que además la misma (la norma) responda a criterios de lo justo; lo que indica, que el material jurídico debe estar compuesto por normas, directrices y principios, con lo cual se da cuenta de manera suficiente, a una respuesta correcta al problema planteado. Asimismo, el acudir a los principios no implica acudir a una jerarquización que exija para aplicación, la escogencia de uno sobre otro. Sino que por el contrario los principios son dinámicos, que cambian con gran rapidez, y un intento de cononizarlos es llevarlos al fracaso. Los principios más bien exigen razonamiento jurídico e integración, y con un balanceo de los mismos, la decisión se apoyará en uno más que en otro, con lo cual se obtendrá mayor objetividad. Con estos criterios de Dworkin, se plasma un ataque fuerte a las tesis positivistas, en cuanto a que el Juez no tiene discrecionalidad en la creación del Derecho, porque está determinado por los principios. Lo implica un rechazo a la discrecionalidad judicial, porque los principios de los individuos estarían a disposición de los jueces. Así la tesis se funda en dos aspectos: 1- Cualquier norma está fundamentada en principios, dicho de otra manera, en el fondo de cada regla jurídica subyace un principio que es el que la da entidad, y que lo conecta con el resto de sistema jurídico. 2- Los principios no son pseudorreglas; los principios son reglas obligatorias para el aplicador del Derecho. Es decir, los principios hacen parte esencial del Derecho. Del análisis y del descubrimiento del principio subyacente de la regla, se obtiene la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.

Frente a los derechos, es sabido que para los positivistas, los únicos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. Para la teoría de Dworkin, además de los derechos legales existen los derechos morales, que unos y otros pertenecen al mismo orden conceptual, que unos no triunfa sobre los otros, prácticamente su aplicación sería simultánea en consideración al umbral “difuso” en que se mueven. Porque la garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. “El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno”. Se suele sintetizar la tesis anterior así: “A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quien corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; E) los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El Juez – al fundamentar su decisión en un principio existente – no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a

garantizarlo”. Los cuestionamientos no se hacen esperar. a) Para que el esquema funcione es preciso especificar cuáles son los principios aplicables. b) Según Hart “la decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto es una locura pensar que en donde el sentido del derecho es dudoso la moralidad siempre puede dar respuesta”. c) La mayoría de las constituciones de los países desarrollados corresponden a sociedades pluralistas (con ideologías políticas distintas) que admiten conflictos de principios.

Estas críticas en mi sentir pueden ser disuadidas desde otras perspectivas: Los principios siendo generales generan un amplio espectro de orientación para el entendimiento y aplicabilidad de las normas jurídicas. Tales principios pueden especificarse en: La Igualdad – La libertad – La Seguridad, que son los que con mayor generalidad puede recoger a otros de menor fuerza o menor alcance. Si bien es cierto que la crítica se hace consistir también, en que los mismos principios pueden ser alegados por ambas partes en la contienda, la misión consistirá en establecer en que connotación fáctica tiene mayor relevancia tales principios, y así definir en favor de una u otra parte.

De otro lado, no es posible admitir choque de valores que implique que uno terminará destruyendo al otro, lo que hay que hacer es darle el sentido a la regla a aplicar, que más se acomode a los principios, es decir escogiendo el que más fuerza tenga; lo que hay que tener en cuenta es que con única aplicación de principios no se solucionan casos, son las reglas apreciadas a la luz de los principios que generan la solución. Asimismo, Cuando se afirma que el Derecho es fruto de compromisos entre ideologías políticas distintas, esto puede ser admitido, pero no por ello se puede admitir que las distintas ideologías plurales que fundamentan una sociedad, deban por sí ser irreconciliables. Todo lo contrario, lo son, pues ello se deduce de la misma construcción del modelo pluralista que una sociedad ha acordado.

Frente a la discrecionalidad que se asigna al juez para crear el derecho, por parte de los positivistas frente a las lagunas y contradicciones del Derecho y la negativa de la otra tesis a permitirla apoyándose en los principios, creo que las dos tesis exageran en su radicalismo. Olvidan que siempre el Derecho es aplicable a casos concretos, la aplicabilidad del Derecho sobre eventualidades imaginarias no tendría sentido. Es el caso concreto el que desnuda la laguna o la contradicción que pregonan los positivistas, y son los casos concretos los que permiten la ponderación frente a los principios. Si ello me es admitido, la solución se construirá desde el caso, y debe ser acorde al sistema jurídico reglado y a los principios que lo orientan.

1.5.3. Los postulados Normativos

El tercer elemento que se identifica como integrante del sistema jurídico colombiano son los llamados postulados normativos. Que difieren de la regla jurídica, por su forma y autoridad que la profiere, pues los postulados normativos surgen de los aplicadores del derecho, que se apoyan en reglas e interpretaciones ya efectuadas para orientar ahora un nuevo caso. Estos postulados encuentran en el sistema jurídico apoyo constitucional y legal, veámoslos:

- a. La doctrina constitucional. La norma del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 permite la aplicación de la llamada doctrina constitucional, cuando para el caso concreto y sometido a examen por el juez, no exista norma exactamente aplicable, y cuando la integración de la normatividad a través de la analogía ha fracasado.

Le corresponde a la Corte Constitucional conocer de las acciones de inexecuibilidad e inconstitucionalidad de la ley, y de decretos con fuerza de ley. Este alto tribunal judicial interpreta las normas jurídicas para cotejarlas con la Constitución Política, y de allí derivar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad.

Ese estudio de constitucionalidad está depurado de supuestos de hecho. Es decir, la norma se analiza y se estudia en su sentido abstracto y general. Se analiza las distintas posibilidades de interpretación que la norma legal puede ofrecer, y si alguna de ellas contraviene la Constitución, dicha interpretación es desechada y se mantiene la vigencia de la norma legal, en el entendido en que debe ser aplicada de la manera o maneras que no contradicen la Constitución. Esta interpretación de la norma legal que se adecua a la Constitución se convierte en doctrina constitucional, y por tanto es obligatoria en su aplicación. En los términos de la sentencia arriba mencionada, la doctrina constitucional constituye una forma de derecho legislado, pues es la misma ley la que manda su aplicación. Es decir, quien aplica la doctrina constitucional aplica la ley, y en tal condición el juez estará sometiéndose al imperio de la ley, pues no está haciendo otra cosa que aplicando el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Por tanto, tales doctrinas constitucionales corresponde al arsenal de elementos de que dispone al juez al momento de juzgar.

- b. La doctrina probable. La doctrina probable, consagrada en la vigente Ley 169 de 1896, artículo 4º, presenta varios elementos que se hace necesario estudiar por separado, pero ella de ser interpretada a la luz de los nuevos postulados introducidos por la Constitución Política de 1991.
 1. La unificación de la jurisprudencia le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, cuando actúa como corte de casación. El Código General de Proceso en su artículo 333, ratificando lo anteriormente reglado

por el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, dispone que uno de los fines primordiales de la casación es la unificación de la jurisprudencia. Esta potestad desarrolla el postulado constitucional del artículo 1º, cuando Colombia se erige como un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, es decir, exige la unidad del ordenamiento jurídico, a fin de poder garantizar un orden social justo. La Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, reproduciendo un pronunciamiento anterior de esa misma Corte, de fecha 25 de enero de 1993, en donde señaló como objetivos de la uniformidad de la jurisprudencia los siguientes: a) Asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material – C.P. art.2º-. b) Procurar exactitud. c) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces –C.P., art. 83-. d) Unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad. e) Permitir estabilidad. f) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa. h) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencia judiciales.

El sistema jurídico que regula una sociedad acude normalmente a la ley con carácter de general, impersonal y abstracta, y ello de por sí se convierte en un obstáculo para comprender la singularidad de los casos, que por muy amplia que sea la ley, esta pronto será rebasada por la praxis, y desnudará aristas que el legislador no calculó, y le corresponderá al juez integrar el ordenamiento jurídico a la luz de la ética y la moral, para ofrecer una solución justa a un caso concreto.

2. La exigencia de “tres decisiones uniformes...sobre un mismo punto de derecho”, hace que se establezca una línea jurisprudencial sobre un mismo punto de derecho. Línea que implica una uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho. Asimismo se observa que las tres decisiones uniformes se producen en el transcurso del tiempo, para concluir que el criterio interpretativo o de aplicabilidad se mantiene en el tiempo.
3. La interpretación de la ley y su aplicabilidad desarrollan el derecho fundamental a la igualdad, que consagra el artículo 13 de la Carta. Pues no otra cosa se puede deducir de las garantías fundamentales de igualdad ante la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades que pregona el citado artículo constitucional. La igualdad ante la Ley y la igualdad de trato constituyen en fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia.
4. La uniformidad de las decisiones judiciales ofrecen condiciones de seguridad jurídica. Pues nada más inseguro que poder judicial que cambia de criterio cada momento, volviendo el derecho algo imprevisible. Si Colombia es un Estado Social de Derecho, la seguridad jurídica debe actuar como presupuesto

del Derecho, pero no porque la simple legalidad conduzca a ella sino porque fluye del respeto y prevalencia de los derechos fundamentales. Asimismo, la seguridad jurídica debe actuar como función del Derecho que asegure la realización de las libertades, rechazando el riesgo de manipulación de éste y convirtiéndose en un valor jurídico para el logro de los demás valores morales, como la justicia. La previsibilidad de las decisiones judiciales confiere certeza a los ciudadanos sobre sus derechos y obligaciones, la cual se concreta cuando los jueces interpretarán y aplicaran el derecho de una manera estable y consistente. La seguridad jurídica que la jurisprudencia debe ofrecer a los ciudadanos debe soportarse en la buena fe de los jueces a partir del principio de confianza legítima.

5. La aplicación de jurisprudencia unificadora, vincula tanto a los jueces ordinarios inferiores (precedente vertical), como a la misma Corte Suprema de Justicia (precedente horizontal), pues se trata de criterios unificadores que deben seguir todos los operadores de justicia.
 6. Las instituciones jurídicas tienen sentido en la medida en que la función creadora del juez a través de la jurisprudencia se realice mediante la construcción y ponderación de los principios del derecho que suponen un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares y otorgarle a la ley un significado concreto, coherente y útil.
 7. La condición que la norma en mención da a la jurisprudencia de doctrina probable, hace referencia a que tres decisiones uniformes pueden en un momento resultar insuficientes para dar cubrimiento a todas las aristas que los casos concretos pueden presentar. Y en tales circunstancias la jurisprudencia debe ir hasta donde le es posible cubrir, pero de ahí en adelante le corresponde al juez ejercer su función creadora, pero eso sí no desconociendo lo ya unificado por la Corte Suprema de justicia. Si las tres o más decisiones uniformes no dan un amplio margen de aplicabilidad para el caso concreto, debe el juez apoyarse en el artículo 230 de la Constitución y darle a estas decisiones una condición de criterio auxiliar para su interpretación creadora.
- c. La jurisprudencia. En principio la jurisprudencia tanto solo es un criterio auxiliar de interpretación para el juez, en los términos del artículo 230 de la Carta. De ahí que se predique la no obligatoriedad de la jurisprudencia, precisamente porque en la sentencia dictada por los jueces, se aplica una norma jurídica con referencia a unos hechos. Y cuando otro juez debe aplicar la misma norma jurídica, aplicada con anterioridad, lo hará sobre otros supuestos de hecho, que por su naturaleza son distintos. Y en tal caso la aplicación de la ley puede tener variables según la variedad de los hechos. Es por

esta razón, que el juez puede apoyarse en la jurisprudencia para dar solución a un nuevo caso, cuyos hechos son distintos. Pero no le serán obligatorios tales criterios, sino simplemente criterios auxiliares. El caso a juzgar puede no coincidir en toda su extensión con el anteriormente juzgado, de ahí que para aplicar como criterio de autoridad una jurisprudencia, el juez deberá mostrar que los supuestos de hecho que juzgó la jurisprudencia son más o menos parecidos o similares, a los que ha de juzgar el juez en el nuevo caso. Debe concluirse en que la jurisprudencia es una herramienta valiosísima que el juez debe disponer al momento de producir la sentencia, y en especial cuando ha de interpretar las normas aplicables al caso concreto.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia alcanza a constituir línea interpretativa al nivel de doctrina probable, emanada de la Corte Suprema de Justicia, con carácter de uniforme y estable, es ahí cuando se le asigna obligatoriedad. La Corte Constitucional ha reconocido esta condición de obligatoriedad para la doctrina probable⁶⁹, cuando reconoce a la Constitución y la ley como los puntos de partida de la actividad judicial, complementados e integrados a través de los principios jurídicos específicos construidos judicialmente y que han permitido la realización de la justicia material en casos concretos; al otorgársele a la Corte Suprema de Justicia una misión unificadora de la jurisprudencia ordinaria nacional; al carácter decantado de la interpretación que hace del ordenamiento jurídico una continua confrontación y adecuación a la realidad social; al deber de los jueces de interpretar y aplicar la ley para derivar trato igualitario; a la buena fe que ampara las decisiones judiciales que hace de los jueces deban seguir sus actos; todos estos aspectos constituyen la fuerza normativa de la doctrina probable y de ahí su obligatoriedad.

De otro lado, el carácter de criterio auxiliar de interpretación que la Constitución le otorgó a la jurisprudencia, fue matizado en la Sentencia T-292 de 2006, acápite 10, de la siguiente manera: “Al respecto se puede afirmar que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales”. La pregunta que nos surge es. ¿Si la fuerza vinculante es para “ciertas decisiones judiciales”, cuales son estas y cuales estarían excluidas de tal condición de vinculantes? La respuesta la podemos encontrar en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, así: “En este sentido es claro que (en el fallo C-131/93), en un contexto fundado por reflexiones pertenecientes a al ámbito de la cosa juzgada, definió bajo el concepto de cosa juzgada implícita i incidentalmente ratio iuris, aquellos razonamientos

69 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: C-252 De 2001, C-836 De 2001.

de la parte motiva de las sentencia de constitucionalidad, que ‘al guardar una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia’ y un claro ‘nexo causal’ con la parte resolutive’, resultan vinculantes para los operadores jurídicos. Esta precisión judicial entonces es un antecedente indiscutible en la consolidación del concepto de ratio decidendi constitucional y de su obligatoriedad como fuente de derecho...”⁷⁰ “puede concluirse que la respuesta a la pregunta inicial respecto a si lo parte motiva de las sentencias de constitucionalidad tienen fuerza vinculante, es afirmativa conforme a los enunciados por esta corporación y el legislador estatutario. El fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de estas providencias, es (i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas; (ii) La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente y en especial respecto de las sentencias de tutela la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como; (iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica como el debido proceso y el principio de confianza legítima...”⁷¹ (Las subrayas fuera del texto). En consecuencia, las sentencias de constitucionalidad y las de tutela tienen fuerza vinculante no solo en cuanto a su parte resolutive sino en la llamada ratio decidendi.

1. d. El Precedente Judicial. A partir del año 1995 y hasta el 2001 la Corte Constitucional de Colombia con apoyo en los principios de igualdad y seguridad, afirmó⁷² que los jueces, los particulares y los funcionarios públicos a la hora de aplicar el sistema jurídico normativo debían seguir las interpretaciones que sobre el mismo hicieran los jueces, lo que implicaba reconocer, a los ciudadanos, un derecho subjetivo a obtener un trato igualitario, en cuanto a que se les aplicara de manera uniforme las mismas decisiones que en casos similares hubieren resuelto los jueces. Lo anterior se justificó, por la misma Corte, en la necesidad de mantener una coherencia interna (precedente horizontal) en sus propias decisiones y una coherencia externa (precedente vertical) en las decisiones de otros funcionarios públicos, generando una disciplina para todos los operadores jurídicos. Porque solo así, con la coherencia decisional⁷³, la seguridad jurídica estaba salvaguardada. El reconocimiento

70 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia T-292 De 2006, Acápite 13.

71 Ibidem, Acápite 16.

72 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia C-836 De 2001.

73 Lopez Medina, Diego. Eslabones ... Ob. Cit., P. 82. “... *Esta expectativa social está hoy institucionalmente respaldada porque, como hemos dicho ya existen al menos cuatro mecanismos que protegen la coherencia jurisprudencial o, por decirlo al revés, previenen y sancionan la incoherencia jurisprudencial: (i) desde el*

del precedente judicial, que lo fue inicialmente por vida de jurisprudencia, fue aceptado por el legislador colombiano dentro de las políticas públicas del sector justicia y para apoyar las descongestión judicial⁷⁴.

- Sin embargo, tal situación puso en tela de juicio la potestad decisonal interpretativa de los jueces, pues aquella que se reconocía amplia, ahora por lo menos, se relativizaba, y de paso, se afirmaba una superioridad de interpretación constitucional sobre todo el sistema jurídico, que se radicaba en la Corte Constitucional⁷⁵. Lo anterior generó un enfrentamiento con la Corte Suprema de justicia, máximo juez de la justicia ordinaria, a lo cual se le denominó “Choque de trenes”; pues, ésta siendo Corte de cierre no estaba dispuesta a aceptar que sus decisiones fueran anuladas cuando no acogía el precedente judicial establecido por otra Corte (la Constitucional) la que reputada de igual grado y no superior. Por su parte la Corte Constitucional admitió acciones de tutela contra sentencias judiciales por considerar que ellas “constituyen vía de hecho al violar el precedente judicial”⁷⁶, y de otro lado, reconstruyendo la noción del delito de prevaricato por violación de ley cuando se desconocen las doctrinas jurisprudenciales⁷⁷. El sistema de Precedente Judicial avanzó legislativamente cuando el Código Contencioso Administrativo en su artículo 10 establece un principio general de aplicación de las normas constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme ante situaciones que tengan los mismos supuestos jurídicos y fácticos, por parte de las autoridades administrativas, cuando tales normas jurídicas hayan sido interpretadas por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación

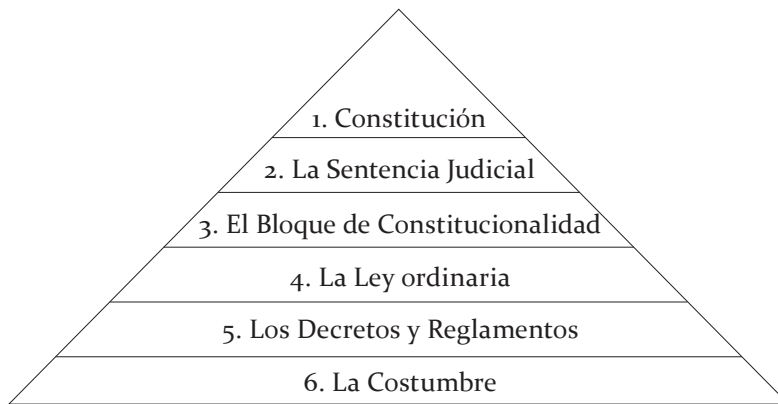
diseño original de la acción de tutela en el Decreto 2591 de 2001 la Corte tiene la facultad de seleccionar tutelas para su revisión; la Corte selecciona con frecuencia las tutelas de instancia cuando constata que hay divergencias injustificadas con el precedente constitucional estable. Por vía de este mecanismo la Corte puede hacer un monitoreo oficioso de la coherencia de los fallos de toda la jurisdicción constitucional; (ii) pero, al mismo tiempo, la Constitución y la Ley permiten a las personas ejercer la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, incluso cuando estos han sido violados por la autoridades jurisdiccionales. En este tipo de casos, las personas accionan contra los jueces cuando las sentencias de estos revelan incoherencias jurisprudenciales. Las sentencias T-698 de 2004 (Trabajadoras de Itagüí) y T-292 de 2006 (sustitución pensional de viuda) nos han servido de casos emblemáticos de una extensa categoría de litigio que además viene en crecimiento. La fundamentación de estas tutelas ya ha sido revisada en estas páginas, pero conviene repetirla ahora: en Colombia las personas tienen un derecho subjetivo muy específico a que sus casos sean tratados con estándares mínimos de coherencia jurisprudencial. Este derecho concreto, a su vez, se desprende de las consideraciones de igualdad, confianza legítima, libertad y autonomía personal y responsabilidad judicial que la Corte ha articulado consistentemente en los últimos años...”

- 74 LEY 1395 de 2010. Esta ley fue expandida por el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437/2011).
- 75 Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: SU 1219 de 2001, C-816 de 2001, SU 1300 de 2001. En dichas sentencias se muestra una irritación de la Corte Constitucional cuando diversos operadores jurídicos, tanto verticales como horizontales no tenían en cuenta el precedente judicial, lo que constituía una vulneración de la doctrina obediencia relativa que vincula a los jueces en sus decisiones.
- 76 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: T-698 de 2004.
- 77 Corte Constitucional De Colombia. Sentencia: C-335 de 2008.

de jurisprudencia; El artículo 102 de dicho Código consagró el procedimiento administrativo de extensión de jurisprudencia; y los artículos 269 y 270 establecieron una acción judicial para obligar a la aplicación administrativa de la jurisprudencia frente al juez administrativo. Al efectuarse el Control de Constitucionalidad de estas normas del Código Contencioso Administrativo, la sentencia C-634 de 2011 dijo: "... El problema jurídico constitucional objeto de examen radica en la segunda disposición contenida en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la cual ordena a las autoridades administrativas a tener en cuenta, para cumplir con su deber de acatamiento uniforme de las reglas jurídicas, las sentencias de unificación del Consejo de Estado que las interpreten y apliquen. Al respecto, la Sala advierte que una regla en este sentido desarrolla los distintos postulados superiores, explicados en este fallo, que sustentan el carácter vinculante de las decisiones de las altas cortes. Así, resulta razonable y necesario que la parte primera de la ley mencionada, en tanto regula el procedimiento administrativo, disponga que las sentencias del máximo tribunal de lo contencioso administrativo sean material jurídico de obligatoria consulta y acatamiento para las autoridades en la adopción de las decisiones de su competencia. Ello en razón de que corresponde a ese alto tribunal la facultad constitucional de delimitar, con fuerza de autoridad, el contenido y alcance de los preceptos legales que guían y delimitan la actividad de los servidores públicos que ejercen función administrativa. Esto, a su vez, redundará en el cumplimiento de los propósitos previstos por el legislador, consistentes en (i) reconocer a la jurisprudencia que emiten las altas cortes como fuente formal de derecho; (ii) propiciar, a partir de ese reconocimiento, el uso de las reglas de origen judicial por parte de las autoridades administrativas, de modo que se uniformen la aplicación del derecho y se evite la nociva práctica de diferir el reconocimiento de derechos y otras posiciones jurídicas, suficientemente definidas en las sentencias mencionadas, al escrutinio judicial... ". En conclusión el precedente judicial tiene en nuestro medio un reconocimiento legal. Esto es fuente formal de derecho.

Si llegamos a esta conclusión, que parece ya ser pacífica, se me ocurre otra pregunta: ¿cómo podemos figurar la Pirámide del Derecho en Colombia?, partiendo de la figuración que de las misma hizo Kelsen, tenemos que admitir que esta ha sufrido una importante modificación, la que presento de la siguiente manera, no sin antes advertir que queda expuesta para el debate académico y aun con la posibilidad de mejorarla

Las jerarquías de la pirámide del Derecho, a la luz de nuestra Constitución de 1991 y su desarrollo jurisprudencial constitucional, se modifica y se integra:



1. En la Cúspide y por dentro de la pirámide se ubica la Constitución, como norma de normas, artículo 4 de la Constitución. “... La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental...” (Sentencia de la Corte Constitucional C-415/12). “... 5.2.2. La Carta, luego de declarar en el artículo 4º su condición de norma de normas y, por ello, vértice de todo el ordenamiento jurídico, fuente principal de reconocimiento de validez y límite sustantivo de las restantes normas del ordenamiento, adopta un sistema predominantemente legislativo al disponer que la actuación judicial se subordina a la “ley”. Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimientos o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la Republica sino también –y entre otros cuerpos normativos- los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas -en desarrollo de sus atribuciones constitucionales- por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la Republica (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura. (Art. 257)...” (Sentencia de la Corte Constitucional C-284/15).
2. En el segundo escalón descendente se ubica la Sentencia Judicial constitucional, en la que se proclama la doctrina constitucional y el precedente judicial a) Como una forma de derecho legislado; b) Su obligatoriedad. c)

“... En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.... Sentencia C-113/93. d) “La afirmación del rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional, a través de las cuales esta Corporación cumple su función de máximo y auténtico intérprete de la Carta. Estas dos calidades de la Corte surgen de su posición institucional como garante de la supremacía de la Constitución, cuyo sentido y alcance le corresponde inequívocamente establecer frente a todos y cada uno de los órganos del Estado, lo mismo que frente a las personas, que igualmente le deben obediencia.” (Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). e) la extensión de los efectos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las altas cortes. Sentencias: C-539/11; C-634/11; C-816/11; C-588/12.

3. El Bloque de Constitucionalidad. “(...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad strictu sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.” (Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).
4. La Ley ordinaria. 5.2.3. El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado. Esas relaciones –necesarias para definir la validez de las normas- se establecen a partir de criterios relativos (i) a su contenido dando lugar, por ejemplo, a que las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas ostenten una especial posición en el ordenamiento jurídico; (ii) al órgano que la adopta de manera tal que, por ejemplo, una ley adoptada por el Congreso se superpone a un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República; o (iii) al procedimiento de aprobación conforme al cual normas con un procedimiento agravado de expedición tienen primacía respecto de

- otro tipo de leyes, lo que ocurre por ejemplo en la relación entre los actos legislativos y las leyes aprobadas por el Congreso. (Sentencia de la Corte Constitucional C-284/15).
5. Los Decretos y Reglamentos. 5.2.4. En adición a ello, existen variadas competencias normativas de las entidades territoriales que, en virtud de las reglas que rigen la armonización del principio unitario y autonómico, se encuentran en una relación o de coexistencia, o de complementariedad o de subordinación, con las atribuciones de autoridades del orden nacional. Las normas adoptadas por las autoridades de Municipios, Distritos o Departamentos en ejercicio de las competencias previstas directamente por la Carta, por ejemplo en los artículos 300, 305, 313 y 315, se encuentran entonces también comprendidas por el concepto de “ley” del artículo 230 de la Carta. (Sentencia de la Corte Constitucional C-284/15).
 6. La Costumbre. “... Los principios sobre los que se funda el Estado y la organización social, a partir de la premisa de respeto a la Constitución y a la ley - lo cual es congruente con la construcción democrática y unitaria del Estado colombiano - brindan suficiente fundamento jurídico a la costumbre. La soberanía popular (CP art. 3)... El Estado social de derecho (CP art. 1),... estado social de derecho, ... El principio pluralista ... (CP arts. 1, 7, 8, 70, 330). ... La libertad (Preámbulo, arts. 1, 2, 28 y 95 de la C.P.)... La vigencia de un orden justo (CP art. 2) ... la costumbre cumple una función de vital importancia para el tráfico jurídico. ... De los principios democrático y unitario conforme a los cuales se configura el estado colombiano y de la primacía de la Constitución (CP arts. 1 y 4), puede desprenderse que en ningún caso la costumbre puede contrariar la Constitución y las leyes de la República. Esta regla de prelación de la Constitución y de la Ley, de otra parte, se consagra de manera contundente en los artículos 246 y 330 de la CP respecto de las comunidades indígenas, aunque cabe advertir que la mencionada regla jerárquica tiene valor general y cobra todavía más fuerza tratándose de otro tipo de costumbres. En efecto, el artículo 8º del C.C señala que “la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea”. En estos términos, claros y perentorios, se proscribió en el ordenamiento jurídico la costumbre contra legem. La legislación, en términos generales, acepta la costumbre secundum legem y la praeter legem, en este caso siempre que sea general, no vulnere la Constitución, y a falta de legislación positiva (Ley 153 de 1887, art. 13). El primado de la ley escrita, - mejor sería hablar de “Derecho legislado” - en nuestro sistema, es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre. Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria...”. (Sentencia C-486 de 1993).

1.6. La sentencia actúa como el cumplimiento de obligaciones institucionales para el juez

Los jueces, por mandato constitucional, al producir sus decisiones judiciales están sometidos al imperio de la ley (entendido este como sistema jurídico u ordenamiento jurídico). Pero debe precisarse que para el cumplimiento de esta misión, el sistema jurídico hace exigencias con categoría de institucionales, es decir, que tal misión no puede cumplirse de cualquier manera sino que ello implica desplegar, por parte del juez, una serie de actividades que garanticen coherencia y que conduzcan a la realización de un orden jurídico justo. Tales obligaciones institucionales pueden ser clasificadas en: Obligación de Juzgar, obligación de desarrollar la pretensión de corrección del derecho, y la obligación de motivar la decisión judicial. Las que pasamos de inmediato a abordar.

1.6.1. Cumplimiento de la obligación de juzgar: Decidir y aplicar el Derecho

La obligación de juzgar por parte del juez corresponde a que este debe ofrecer una solución al caso sometido a su conocimiento. Tal solución debe estar en consonancia con el sistema jurídico (sustancial y procesalmente). La solución debe satisfacer las aspiraciones de las partes, en el entendido en que el juez debe pronunciarse sobre todas las reclamaciones de las partes trátense pretensiones procesales o de excepciones procesales. Por ello no se cumple con tal misión cuando se producen fallos *citra petita*. Sin embargo, las posibilidades de fallos *ultra* o *extra petita* podrían tener esta misma condición, pero es la misma ley la que las ha autorizado en casos muy especiales y por razones muy superiores a los simplemente legales. Pero el incumplimiento de esta obligación opera, especialmente, cuando el proceso termina con la producción de un fallo inhibitorio, convirtiéndose este en un lastre para la justicia, pues el proceso judicial está establecido como instrumento de solución y no como instrumento de frustración. De otro lado, el juez está obligado a aplicar el derecho, tanto desde del ámbito sustancial como procesal. La inaplicación del derecho por parte de los jueces no es una opción para estos. Si bien es cierto, que en algunos casos muy excepcionales se les permite a los jueces la inaplicación de normas legales, pero solo en los casos de la aplicación de la llamada excepción de inconstitucionalidad (art. 4º. C.P.), sin embargo, se estos casos se aplicará siempre la norma constitucional.

1.6.2. Obligación de desarrollar la pretensión de corrección del Derecho

La filosofía general reflexiona sistemáticamente sobre tres elementos básicos: a) Sobre lo que existe (la ontología), b) sobre lo que debe hacerse como bueno

(la ética), y c) sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas anteriores (epistemología). La filosofía del derecho es una rama de la filosofía general e igualmente reflexiona sobre estos tres aspectos, pero referidos al derecho: a) Lo que existe del derecho (ontología del derecho), b) Lo que debe hacerse jurídicamente (ética del derecho), c) cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas anteriores (epistemología jurídica).

La naturaleza del derecho maneja dos elementos o propiedades esenciales: la coerción y la pretensión de corrección. Entendida la primera como que la coerción es un medio imprescindible para que el derecho pueda cumplir las funciones que le imponen dos valores con los cuales mantienen relación inmediata y necesaria: La certeza jurídica y la eficacia jurídica. Entendida la segunda como que los actos del derecho pretenden ser correctos, pretenden ser aceptados como correctos por la comunidad jurídica y general. De donde la pretensión de corrección implica una conexión necesaria entre derecho y moral, cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concretos, permitiéndose recurrir a criterios de justicia, sobre todas otras razones. Y como conclusión de esta Teoría: la injusticia extrema no es derecho. De manera general se puede establecer que para estas teorías una decisión correcta desde el punto de vista material es la que es justa, razonable, o racional y además que con arreglo a juicios de valor y hasta con criterios teleológicos. Es de admitir que esta posición teórica ha sido sometida a cuestionamientos, por el Bulygin, y muy especialmente por el positivismo de Joseph Raz y Marmor, quienes admiten que el derecho si tiene una pretensión de corrección, pero que esta no es una corrección moral. Admiten por el contrario, que el positivismo no es proclive a que los jueces puedan aplicar normas jurídicamente que sean extremadamente injustas. La definición para este tipo de posiciones se concreta en: “una decisión correcta es la que es conforme al derecho”.

Por su parte el Derecho Procesal, como rama del derecho, debe asignársele también los dos elementos o propiedades esenciales que se le asignan a la generalidad del Derecho: la pretensión de corrección y la coerción. De donde la pretensión de corrección se concreta en que el proceso es el mecanismo adecuado para el correcto o debido juzgamiento en sus dos expresiones fundamentales: La prevalencia del derecho sustantivo y el respeto a las formas procesales. En este sentido se ha pronunciado nuestra legislación tanto en el Código de Procedimiento Civil (art. 4º) como la misma Constitución (art. 228), El Código General del Proceso (arts. 11 y 13) normas que fueron cotejadas y fueron avaladas por nuestra Corte Constitucional⁷⁸.

78 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia: C-029/95.

a. Obligación de dictar sentencias sustancialmente correctas – El Debido Proceso Sustantivo

Las decisiones judiciales deben ser el fruto de la reflexión jurídica sobre los casos concretos, pero a la luz del sistema jurídico. Las sentencias serán correctas siempre y cuando correspondan a la normatividad sustancial. Es decir, el proceso judicial debe ser instrumento para aplicación del derecho sustantivo. Es lo que se conoce como el debido proceso sustantivo, es decir, que en el juzgamiento debe hacerse prevalente el derecho sustancial (art. 228 de la Const. Política). Una sentencia que no responde a los postulados sustantivos establecidos por las normas sustanciales es incorrecta, resultando vulnerado el llamado debido proceso sustantivo, el cual puede ser reclamado aun por vía de tutela cuando no exista otro medio ordinario para obtener su corrección. Lo anterior fluye de necesidad del otorgarle al proceso judicial una condición de instrumento para la aplicación tanto de la forma como de la sustancia. Un debido proceso no se satisface solamente con el cumplimiento de las formas propias de cada juicio, un debido proceso es aquel que cumple con todos los postulados de forma como de sustancia.

b. Obligación de dictar sentencias procesalmente correctas – El Debido Proceso Legal

De la misma manera el juez se encuentra en la obligación de producir sentencias procesalmente correctas. Esto es, que cumplan además de las exigencias sustanciales con las formas que desarrollan los derechos constitucionales de las partes. Si bien el artículo 29 de la Constitución Política exige de manera general el cumplimiento de las formas propias de cada juicio para todo tipo de juzgamiento, la vulneración del debido proceso legal corresponderá a aquel desconocimiento de formas que impliquen infracción a derechos fundamentales. Es decir, cualquier defecto procesal de alguna manera desconoce una forma procesal, pero solo serán trascendentes los que lastimen las garantías procesales de los justiciables.

6.3. La Obligación de Motivación de la Sentencia corresponde al desarrollo de la Garantía Constitucional del Debido Proceso

La motivación de la sentencia corresponde a un postulado del Estado Social de Derecho. A los ciudadanos se les debe satisfacer al máximo con el servicio de justicia que el Estado le ofrece. Esa satisfacción se logra dándole a conocer a las partes las razones de hecho y de derecho que se tuvieron para arribar a determinada solución. Asimismo, corresponde a un desarrollo de la garantía

del debido proceso, los juzgamientos en sus decisiones deben ser el fruto de un razonamiento lógico, direccionado por el ordenamiento jurídico, y solo la motivación de la sentencia permite observar y controlar el apego del juez a la constitución y a la ley. Solo la motivación permite calificar una sentencia de justa y no de caprichosa o arbitraria. De otro lado, la motivación de la sentencia permitirá a la partes seguir el hilo conductor intelectual utilizado por el juez para la decisión, y poder ejercer el derecho de impugnación, pues sin motivación no podría señalarse en concreto cuales son las conclusiones del juez que merecen repudio por el recurrente. Asimismo, el juez superior no podría hacer una reconstrucción del camino intelectual recorrido por el juez inferior en su sentencia, si esta no está motivada.

La motivación de la sentencia fue retirada del texto de la Constitución de 1991, la que si se encontraba en la Constitución de 1886 en su artículo 163, pero paso a ser norma de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 55. Con lo anterior se mantiene en nuestro medio el deber de motivar las sentencias por parte de los jueces. Como en el caso anterior, esta actividad requiere de una estructura argumentativa que conduzca al juez por todos los rincones de la complejidad de la temática a decidir. Si el juez no se apoya en una estructura argumentativa, puede incurrir en olvidos, o es posible que se pierda o se distraiga en algunos de los puntos a decidir, con lo cual su sentencia puede terminar siendo una retahíla de argumentos desconectados que le hacen perder claridad y calidad a los mismos.

Para que no se incurra en desafueros a la hora de motivar se debe utilizar una estructura argumentativa. Que como herramienta fácil de usar, no le permita al juez los olvidos y las incongruencias en que a veces se puede incurrir. Sin embargo, debo dejar sentado por anticipado la obligatoriedad del juez de motivar su decisión, es decir, dar las razones jurídicas y fácticas que lo condujeron a la decisión final. Los argumentos deben ser lo suficientemente planteados que agoten la temática del conflicto, y el juez cuidará en no caer en una falta de motivación o en una motivación deficiente, o en una motivación contradictoria, porque de ocurrir esto, habrá negado justicia, y el cumplimiento de su deber como juez queda en tela de juicio, y conduce a la anulación de la sentencia.

Cuando el juez ha de motivar su decisión debe cuidar que su motivación se sujete a lo necesario para dar a conocer los criterios y de su razonamiento y de su decisión. Muy fácilmente se cae en lo que la doctrina denomina motivación superflua, que implica hacer una serie de “precisiones” doctrinarias frente a la naturaleza de una figura jurídica, que de por sí esta decantada por la jurisprudencia y la doctrina, tornándose en innecesaria toda la literatura que sobre ella se escriba. O por el contrario, cuando se abordan las figuras con exceso de erudición, trayendo criterios de la mitología griega, romana etc., pasando por

la edad media, moderna y posmoderna, para concluir que en nuestro medio eso no funciona así, (de lo cual no ha sido ajena ni nuestra Corte Constitucional). O por el contrario, cuando se pretende en las sentencias dictar postulados escolares, que son propios de los doctrinantes. O cuando el juez convierte la sentencia en la arena de la discusión con los doctrinantes. Todo esto conduce a la pérdida de tiempo valioso para la decisión, y de otras decisiones; a la pérdida de concreción y precisión que la sentencia reclama; a dificultar el derecho de defensa de la partes, pues la impugnación de la sentencia tendrá dificultades en su concreción, etc. Pero la actividad de argumentación en la motivación podría dar al traste con la validez de la misma sentencia, también cuando se presenten argumentos contradictorios, y que si alcanzan la condición de excluyentes esta caería en la irracionalidad que obligaría a la quiebra del fallo.

1.7. La sentencia judicial también está sometida a control constitucional

1.7.1. La Tutela Contra Sentencia

Otro aspecto que merece una presentación como tema de debate para el Congreso Regional que nos ocupa, es el denominado en Colombia “La Tutela contra Providencias Judiciales”. La Constitución de 1991 de Colombia, en su artículo 86 estableció la llamada “Acción de Tutela” así: “ART. 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. ...”. En desarrollo de esta norma constitucional se dictó el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de Tutela consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, en su artículo 40 dispuso: “Competencia especial. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los Tribunales la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente. ...”. Estas dos disposiciones legales ha generado un gran enfrentamiento entre, de un lado, la Corte Constitucional, y de otro, la Corte Suprema de Justicia (máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria) y el Consejo de Estado (máximo Tribunal de lo contencioso administrativo). Enfrentamiento al cual se le ha denominado “choque de trenes”, por cuanto, se ha establecido un mecanismo que puede dejar sin efecto jurídico las sentencias de Corte Suprema de justicia o del Consejo de Estado, cuando la Corte Constitucional considere que ellas, a través de sus

sentencias, han vulnerado los derechos fundamentales de los ciudadanos que han acudido a sus estrados, en la búsqueda de justicia. Es decir, cuando están entidades judiciales han sido inferiores a su misión constitucional. El enfrentamiento ha pasado por demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 40 antes transcrito y otros del mismo Decreto. La Corte Constitucional en multitud de fallo de tutela y de exequibilidad ha sostenido la vigencia de dichas normas jurídicas, por considerarlas ajustadas a la Constitución Política de 1991, y al Estado Constitucional de Derecho. Los opositores han esgrimido varios argumentos contra dicha figura, a los cuales la Corte Constitucional ha generado una extensa “Doctrina Constitucional sobre el tema, que se puede resumir así: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA C-543 DE 1992. “... La sentencia no es simplemente un documento suscrito por el juez sino el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos diversos: el objetivo, que es propiamente el proceso considerado en sentido jurídico, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el subjetivo, que corresponde a la operación mental efectuada por el fallador, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley, por premisa menor los hechos controvertidos y por conclusión la parte resolutive del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para quienes fueron partes dentro del proceso. Tal razonamiento, sin embargo, no encierra únicamente el desarrollo de una operación lógica sino que requiere, para alcanzar el nivel de lo justo, como exigen los fines del Derecho, de una interpretación sobre el contenido de las normas aplicables y de una valoración consciente de las pruebas llevadas al proceso para definir la solución que, en el sentir del juez, se acomoda a las exigencias de la Constitución y de la ley. Habida cuenta de las dificultades inherentes a esta actividad, mal pueden desconocerse las posibilidades de error judicial por apreciación equivocada de los hechos tanto como por indebida interpretación de las leyes y aún por violación abierta de sus disposiciones. El principio de la cosa juzgada no parte del supuesto de la perfección del juez, ya que resulta imperativo el reconocimiento de su naturaleza humana y, por tanto, falible. Tampoco podría negarse que las equivocaciones de los jueces, cuando en ellas incurrían, constituyen fuente de injusticias y de violaciones a los derechos de quienes tienen interés en los resultados del proceso, razón que justifica la existencia de múltiples medios de control previos, concomitantes y posteriores a la adopción de los fallos, a fin de asegurar que quien se considere lesionado en sus derechos pueda obtener que se corrija el rumbo del proceso, impugnar el fallo que le es adverso y verificar en diferentes momentos procesales si el juicio se ajusta a las prescripciones constitucionales y legales, dentro de un conjunto de garantías que nuestra Carta Política cobija bajo la institución del debido proceso consagrada en su artículo 29. La ley en su desarrollo, establece recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, impedimentos, recusaciones, principios de valoración y contradicción de las pruebas, nulidades y oportunidades de impugnación contra las providencias proferidas por el juez, entre otros

medios cuyo objeto es el de verificar la observancia de la legalidad, la imparcialidad del juzgador, el respeto a los derechos de los afectados por sus decisiones y el mayor grado de justicia en el contenido de éstas, además de las formas de responsabilidad patrimonial del Estado y del propio juez por los perjuicios que ocasione un yerro judicial debidamente establecido por la jurisdicción correspondiente. ... Pero, además, no es lícito acudir a los casos singulares de equivocación judicial como instrumento dialéctico para presumir que todos los jueces aplican errónea o indebidamente la normatividad jurídica, que todos prevarican o que todos cometen injusticia en sus fallos. Suponer que la regla general es la decisión judicial desacertada e incorrecta, implica una descalificación anticipada sobre la idoneidad de la administración de justicia y de los numerosos medios de defensa judicial previstos por el ordenamiento jurídico para realizar en los casos concretos los fines propios del Derecho. En este aspecto, asiste la razón al Procurador General, cuando, en concepto rendido ante esta Corte en proceso diferente, afirma que se viola la Constitución (artículo 83) si se supone por vía general que los jueces no actúan razonablemente en derecho.[14] Por otra parte cuando, como corresponde a la Corte, se hace una interpretación de las normas constitucionales para establecer su verdadero sentido, ha de emplearse un método objetivo, que implique la consideración general y abstracta de la preceptiva analizada en sus alcances generales y abstractos. No puede partirse del casuismo, que utiliza la formulación de eventos extremos y excepcionales, con la aspiración de tomar supuestos que corresponden a circunstancias insulares como aplicables al entendimiento común de las disposiciones materia del examen. De allí que no resulten aceptables para efectos del presente juicio de constitucionalidad ciertos ejemplos, invocados para sustentar la tesis que favorece la procedencia de acciones de tutela contra sentencias. Situaciones de error judicial exagerado, en muchas de las cuales juega más la imaginación que el rigor científico -como ocurre con la planteada frecuentemente sobre una teórica sentencia mediante la cual una persona pudiera ser condenada a la pena de muerte o a la cadena perpetua- debilitan ellas mismas el argumento que pretenden apoyar, en cuanto escapan de la realidad cotidiana y construyen el análisis jurídico, que de suyo exige ponderación, sobre la base deleznable de hechos ficticios, o en relación con unos pocos casos tomados de la realidad y de contornos hábilmente dramatizados, cuya singularidad los caracteriza precisamente como excepcionales. Agréguese a lo dicho que la acción de tutela no es el único mecanismo orientado a la protección de la persona humana y sus derechos esenciales. Todos los procesos y la integridad del aparato judicial tienen ese mismo fin, de donde se desprende la falacia de los argumentos que tienden a presentar el conjunto de garantías representadas en la idea misma del proceso (artículo 29 de la C.N.) como un rígido esquema formalista que sacrifica al hombre y desconoce sus derechos. Si así fuera, la propia Carta, lejos de exigir que la verdad jurídica con efectos concretos se dedujera siguiendo “las formas propias de cada juicio”, habría prohibido los procesos, sustituyéndolos por la

tutela, lo cual no acaeció. El principio de especialidad, que sirvió de base a la creación y perfeccionamiento de las distintas jurisdicciones, estaría igualmente siendo amenazado toda vez que al permitirse el ejercicio de la acción de tutela en forma indiscriminada contra cualquier tipo de sentencias judiciales, llegaría el momento en que el mecanismo “subsidiario” se convertiría en principal medio para ser interpuesto no sólo en diferentes instancias del proceso, sino a cambio de éste, viniendo así a suplir todos los medios que permiten acceder normalmente a la administración de justicia y, lo que es más grave, llegando a convertirse en un instrumento único de petición ante los jueces, con menoscabo de la estructura judicial. La coherencia es rasgo característico de todo orden y es evidente que, como ya se ha dicho, un sistema jurídico, cuyo sentido y razón radican precisamente en el imperativo de introducir criterios ordenadores de la vida en sociedad con arreglo a los principios y valores que la inspiran y sostienen, está llamado a ser coherente para no caer en el absurdo de convertirse -precisamente él- en motivo de confusión. Así, pues, no corresponde a las reglas de hermenéutica ni se compadece con los principios de la lógica asumir que el Constituyente de 1991 consagró la acción de tutela como medio de defensa contra los resultados de los procesos que él mismo hizo indispensables en el artículo 29 de la Constitución para asegurar los derechos de todas las personas. Debe entenderse, por el contrario, como lo ha entendido desde su instauración el Constitucionalismo, que los procesos han sido instituidos en guarda de la justicia y la equidad, con el propósito de asegurar a los gobernados que el Estado únicamente resolverá las controversias que entre ellos se susciten dentro de límites clara y anticipadamente establecidos por la ley, con el objeto de evitar los atropellos y las resoluciones arbitrarias, desde luego dentro de la razonable concepción, hoy acogida en el artículo 228 de la Carta, sobre prevalencia del derecho sustancial, cuyo sentido no consiste en eliminar los procesos sino en impedir que el exagerado culto a las ritualidades desconozca el contenido esencial y la teleología de las instituciones jurídicas. Así concebido, el proceso cumple una función garantizadora del Derecho y no al contrario, razón por la cual no puede afirmarse que su efectiva aplicación ni la firmeza de las decisiones que con base en él se adoptan tengan menor importancia para la protección de los derechos constitucionales fundamentales que el instituto previsto en el artículo 86 de la Constitución....”.

De todo lo transcrito se deduce que el enfrentamiento entre las distintas Corporaciones Judiciales, responde más al EGO que acompaña a este tipo de Cortes. Poco importa la ciudadanía. Lo importante es que las decisiones adquieran firmeza a cualquier precio; tal vez, porque consideran que ellos no se equivocan. Los jueces de categorías inferiores han sido más receptivos. El cambio atemoriza, pero no puede existir ningún funcionario exento de revisión constitucional. Tal vez otras generaciones de magistrados asuman con mejor criterio estas figuras, que constituyen la garantía de reglas del juego de los juzgamientos.

1.7.2. La Doble Instancia

La estrategia de juzgamiento a dos vueltas, es lo denominado doble instancia. Quiere decir, que se pactó en la Constitución de Colombia, que la metodología del proceso judicial, permitiría que las partes que no estuvieren de acuerdo con la decisión de juez, pudieren acudir a un juez de segunda instancia, para impugnar la decisión del inferior y a controvertir el fallo, con lo cual las partes hacían control a la decisión judicial. Dicho control, tiene la característica de elevarse ante el juez jerárquica e inmediatamente superior, quien por mayor antigüedad en la actividad judicial, lo que le asigna mayor experiencia, puede revisar la decisión del inferior.

Sin embargo, la Constitución de dio algún margen de maniobrabilidad a legislador ordinario para que indicara cuales sentencia no serían apelables, es decir, consagró una excepción para la doble instancia, que quedaba en manos del Congreso a través de la ley, que por los motivos que considerara adecuados podían ser de una sola instancia.

Tal es juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado, especialmente por corrupción, que al haberse entregado por la misma Constitución, la competencia para tal juzgamiento a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y por ser esta el máximo juez en dicha especialidad y el juez de cierre de la misma, de por sí quedaba proscrita la posibilidad de una segunda instancia. Es decir, la única instancia se impone, pues por encima de dicha Corte Suprema de Justicia, no hay un superior jerárquico que pueda hacer el control de la sentencia que allí se dicte, pues se trata del más alto y del mejor juez que puede existir en Colombia.

Pero llama la atención un caso muy reciente, que correspondió precisamente al juzgamiento de varios altos funcionarios del Estado. La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación penal – los condenó. Estando estos en prisión, acudieron a la llamada acción de tutela constitucional, en donde reclaman la revisión de sus casos, en segunda instancia, porque, “según ellos” su derecho de defensa se encuentra vulnerado, al no permitírsele la discusión y controversia del fallo condenatorio ante un superior. Lo que inicialmente se indica es que no existe ese superior jerárquico, porque la estructura del poder judicial no consagra ningún otro juez por encima de la Corte Suprema; y además porque el haberse entregado a ésta dicho juzgamiento, era precisamente entregarle el mejor juez, y por tanto, las posibilidades de error judicial estaban alejadas. Sin embargo, la Corte Constitucional, cambiando el fundamento de la doble instancia, que como se dijo era para la controversia de las partes, ahora se mira como que se trata de un elemento estructural de la función judicial y en consecuencia, debe reconocerse la apelación en estos casos. Con ello, no se sabe quién la adelantará,

pues ese Tribunal no existe. Tal vez por vía de jurisprudencia se habilite la Corte Para legislar y señalar un nuevo Tribunal de apelación, arrasando la posibilidad de configuración legislativa del Congreso.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: SENTENCIA T-388/2015. “Para la Sala Cuarta de Revisión, son, en el caso concreto, la finalidad para la que haya sido establecida y, la función que desempeñe, las que permiten definir el estatus jurídico de la segunda instancia. Resulta suficientemente claro que la doble instancia puede operar como principio, garantía o derecho. No queda ninguna duda de su condición de derecho, pues, cuando el ordenamiento jurídico le confiere a una persona la potestad o prerrogativa de hacer uso de un recurso contra una providencia judicial, ante el superior jerárquico que la profirió; este sujeto está en la posibilidad de hacer efectivo dicho poder. Tampoco puede desconocerse que la doble instancia puede salvaguardar bienes más caros al ordenamiento como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia o la credibilidad y confianza de la administración de justicia, con lo cual, se pone de manifiesto su papel de garantía. Finalmente, su calidad de principio que orienta la lectura las disposiciones procesales y, en particular las disposiciones de orden sancionatorio, ha sido consolidada por la doctrina y la jurisprudencia. ... En esta decisión, se estableció la concesión de la impugnación para decisiones en única instancia, sin que ello implicará el diseño de una segunda instancia. Igualmente, cuando se está frente a sujetos aforados y, cuyas investigaciones están radicadas en cabeza de las más Altas Corporaciones de Justicia, o del más elevado funcionario dentro de la jerarquía respectiva, la Corte Constitucional ha entendido que no resulta posible contemplar el acceso a una segunda instancia, dado que resulta materialmente imposible, pues, en esos casos, es la más Alta Jerarquía la que adelanta la actuación[50] y, por encima de ella, no hay ningún otro órgano en la respectiva estructura del poder público. Importa si destacar que la Corte, al considerar las excepciones a la segunda instancia ha insistido en que ellas no pueden ser discriminatorias, esto es, que debe estar justificada constitucionalmente la consagración del respectivo régimen procesal exceptivo.”

1.8. Las extensiones de las sentencias. Decisiones particulares a situaciones genera

Otro caso que llama la atención en Colombia, es la declaratoria de ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL que ha venido haciendo la Corte Constitucional, para ciertos casos cuando el Estado debe cumplir con las misiones sociales y en el escenario institucional reina una situación fáctica de caos, de negligencia, de irresponsabilidad administrativa, etc., que hace que el servicio social no pueda

cumplirse y de ahí se desprende que los derechos fundamentales de la sociedad están gravemente afectados: El servicio de salud, de pensiones, de prisiones etc.

La Corte Constitucional al conocer de casos individuales, de personas que alegan la vulneración de un servicio básico, reclaman el restablecimiento de sus derechos fundamentales. Y observa la Corte que la vulneración de los mismos corresponde a una generalización, es decir, que muchas personas están en la misma situación, porque son muchos los casos que reiteradamente se están demandado, ha optado por acumularlos todos en un solo juzgamiento, y allí buscar las causas de la multitud de demandas y al concluir que la situación múltiple y reiterada corresponde a una situación caótica de la manera como el Estado atiende su misión, en su servicio básico. Se ha producido lo que se ha llamado ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL con lo cual se ha auto habilitado la Corte Constitucional para darle ordenes al “Estado”, y a los funcionarios administrativos correspondientes con señalamientos de estrategias y plazos para que actúen a fin de sanear la situación del servicio que se encuentra desatendido.

Quiere decir lo anterior, que la Corte con sus sentencias rebasa el alcance interpartes de juzgamiento, lo generaliza y se convierte en director de la administración, por a quien le corresponde esta competencia no cumple con sus funciones. Veamos: SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-068/98. Estado de cosas inconstitucionales por la ineficiencia administrativa para resolver los derechos de los jubilados. “... En relación con el estado de cosas inconstitucional, esta Corporación, como guardiana de la supremacía de la Constitución, debe advertir sobre la necesidad de tomar medidas encaminadas a superar la transgresión de las normas superiores. Además, el deber de colaboración entre las ramas del poder público, todas dirigidas a favorecer la efectividad a los derechos fundamentales (art. 2, 113 C.P.) y al cumplimiento de los fines y objetivos del Estado Social de Derecho, lleva a que la Corte Constitucional exhorte a las autoridades, con poder de decisión, para que ellos adecuen los recursos económicos y humanos necesarios para que la Caja Nacional de Previsión cumpla con sus obligaciones legales y constitucionales y adopten decisiones dirigidas a impedir que se continúe transgrediendo la Carta. Por ello, como en otra oportunidad se dijo “la Corte Constitucional está convencida que mientras no se tomen medidas de fondo sobre los factores enunciados y los otros que los expertos puedan determinar, el problema planteado, que de suyo expresa un estado de cosas que pugna con la Constitución Política y sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno, se tornará de más difícil solución y propiciará la sistemática y masiva utilización de la acción de tutela”[8]. Por eso, tal y como se resolvió en esa misma sentencia, esta Sala “notificará la situación irregular que ha encontrado a las autoridades públicas

competentes con miras a que éstas en un término razonable le pongan remedio efectivo, para lo cual deberá obrarse sobre las causas reales del fenómeno descrito.” Así mismo, en procura de que se verifique el cumplimiento de los objetivos trazados por la Constitución que se denuncian en esta sentencia, se oficiará a la Procuraduría General de la Nación para que se encargue de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y para que vigile el cumplimiento de esta decisión judicial (C.P. artículo 277 incisos 5 y 1º). De igual manera se oficiará a la Contraloría General de la República para que evalúe el grado de eficiencia, eficacia y economía con que obre la Caja Nacional de Previsión en este proceso de adecuación de esa entidad a los postulados del Estado Social de Derecho (C.P. artículo 268). Finalmente, se oficiará a la Defensoría del Pueblo para que, en su función de salvaguardia y protección de los derechos humanos, vigile el cumplimiento y efectividad de los derechos cuya vulneración se denunciaron en esta sentencia. Así, una vez transcurrido el término señalado para que las autoridades administrativas acaten las órdenes que se impartieron en esta providencia, la Defensoría del Pueblo deberá rendir un informe ante la Sala Séptima de la Corte Constitucional....”.

2. CONCLUSIONES:

1. Si se trataba de indicar “El Estado de la Ciencia del Derecho Procesal en Colombia, se debe indicar que la misma ha quedado rezagada. Los tratadistas de Derecho Procesal están dedicados a la producción de literatura procesal que tenga relación con los comentarios a la dogmática jurídica vigente. Máxime que para esta época entraron en vigencia dos nuevos Códigos Procesales: El Código General de Proceso, y el Código Contencioso Administrativo.

Lo preocupante, está en que las nuevas orientaciones del Derecho Procesal, están orientadas por la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional. La que con grados de novedad ha incursionado en un tratamiento judicial a los derechos fundamentales, en muchos casos pasando por encima (justificado o no) de los postulados procesales, que durante mucho tiempo han orienta los juzgamientos allí. Ello porque no hay un debate procesal en torno a los “nuevos paradigmas”, traídos o admitidos por la Corte Constitucional, sino porque se asumen sin ningún reparo a los mismos.

La misma situación ha venido ocurriendo con los administradores y legisladores. Quienes deben atender la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, so pena de desacato a resolución judicial. Pero todo esto, preocupa porque están transitando por terrenos peligrosos: ¿se están borrando los límites

a la división de poderes?. ¿El Constitucionalismo invasor y abusivo estaría habiendo de las suyas?.

Una reacción incontrolado de los demás poderes pueden conducir a la pérdida de vigencia de los Estados Constitucionales. Las competencias y límites hay que refinarlos, pero no sustituirlos o reemplazarlos de cualquier manera. Ello sería causa de más males, que se podrían venir sobre el país. Con los que tenemos basta.

2. Los sistemas de juzgamiento se ven gravemente lastimados cuando importamos figuras procesales de otros sistemas que no son propios del modelo que se usa en un país. Si los modelos foráneos nos seducen mucho, pues adoptemos en su totalidad. Sin embargo, esto también tendría sus complejidades. En un sistema de Common Law, los juzgamientos adversariales tienen gran aceptación por:
 - a. No se trata de sistemas jurídicos totalmente normativizados, sino que se mueven por referentes (jurisprudencia y precedentes). Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, la norma jurídica es su núcleo esencial.
 - b. Estos sistemas jurídicos cuentan con una tradición y memoria jurisprudencial y de precedentes. Esto es, tienen establecidas de tiempo atrás las líneas jurisprudenciales, de las cuales los jueces no están dispuestos y tan poco el sistema jurídico se lo permite, que se separen de cualquier manera. Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, como Colombia, por mandato de la Constitución de 1991, la jurisprudencia es un “criterio auxiliar” de interpretación. Y desde luego ya hay una gran diferencia.
 - c. En los sistemas de Common Law, el juzgamiento se establece para resolver problemas. Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, el juzgamiento se establece para reconocer derechos, establecer si los derechos han sido vulnerados y si ello es así restablecerlos e indemnizar la vulneración.
 - d. En el sistema de Common Law, para solucionar el problema que se le ha postulado, exige a las partes la presentación de la prueba en grado de evidencia. Por el contrario, En los sistemas de Civil Law, las pruebas se postulan por las partes, el juez la recoge (inmediación), y la valora (Sana crítica).
 - e. En el sistema del Common Law el juez toma la prueba para establecer en grado de probabilidad (más allá de duda razonable), como pudieron ser los hechos y con ello controlar el “riesgo de error”. Por el contrario, en el sistema de Civil Law, el juez busca la verdad, para controlar el “riesgo de daño” con la vulneración de los derechos.

- f. En el sistema del Common Law la presunción de inocencia es llevada a su máxima expresión, por cuanto que si no obtiene prueba que supere toda duda razonable, se debe absolver. Ello porque es más costoso condenar a un inocente que absolver a un culpable. Por el contrario, en el sistema de Civil Law, el juez busca la verdad, y si no la obtiene, no habrá hecho probado y allí se debe absolver. Y la gran pregunta es: ¿si es posible obtener la verdad?
3. Si no podemos implementar en forma total un sistema de Common Law, hemos optado por hacerlo parcialmente. Ya la teoría de los Sistema Jurídicos (Lumman) nos ha indicado que los sistemas reconocen sus propios elementos, y los que no reconoce los rechaza (inmunológicos). Esto ha conducido a mixturas de todo tipo que generan inmediatamente gran complejidad para el sistema y para su aplicabilidad. Observemos:
 - a. Mixtura entre escritura y oralidad, y para salvar el asunto, decimos que el juzgamiento es por audiencia en donde es prevalente (es decir no totalmente) la oralidad sobre la escritura.
 - b. Mixtura en los modelos acusatorio (adversarial - dispositivo), e inquisitorio (juez director del proceso, con potestades para fallos ultra y extra petita). Adoptamos: modelo acusatorio (acusación por fiscales con posibilidades de hacer acuerdos con las partes – rebajas de penas de un lado, exoneración de investigación, de otra) – Juez Director del Proceso (posibilidad de rechazo por el juez de acuerdos entre las partes) – Inquisitorio (el juez busca la confesión con posibilidad de inadmitirla – si la admite rebaja de penas). 3. Las nuevas legislaciones, en Colombia, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), Códigos Contenciosos Administrativo (Ley 1437 de 2011), no pasan de ser reformas a lo que ya existe, pues los paradigmas anteriores no han sido cambiados y menos superados. El modelo de oralidad, podría fracasar si no se dan por los Gobiernos y con política de Estado, los medios necesarios para su implementación. Número adecuado de jueces, preparaciones anticipadas del personal judicial, adecuación de los programas de derecho, y la implementación de la logística con las nuevas y avanzas tecnologías que ella viene alzando, tales cambios podrían convertirse en una nueva frustración. Esperamos que ello no ocurra.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-479/1992*, MP José Gregorio Hernández Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-543/1992*, MP José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/C-543-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-406/1992*, MP Ciro Angarita Barón. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-113/1993*, MP Jorge Arango Mejía. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-113-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-320/1993*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-320-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-540/1993*, MP Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-540-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-131/1994*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-131-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-424/1994*, MP Fabio Morón Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-424-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia 283/1994*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-283-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-329/1994*, MP José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-329-94.htm>

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-029/1995*, MP Jorge Arango Mejía. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-029-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-083/1995*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-083-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-600A/1995*, MP Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-600A-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-249/1995*, MP Hernando Herrera Vergara. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-249-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-037/1996*, MP Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-268/1996*, MP Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-268-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-358/1997*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-518/1998*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-518-98.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-037/2000*, MP Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-366/2000*, MP Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-366-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252/2001*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-816/2001*, MP Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-816-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1195/2001*, MP Manuel José Cepeda Espinosa Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU 1219/2001*, MP Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7123>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU 1300/2001*, MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1300-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-039/2004*, MP Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-039-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-698/2004*, MP Rodrigo Uprimny Yepes. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-698-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-059/2005*, MP Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-059-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-292/2006*, MP Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-335/2008*, MP Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-330/2012*, MP Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-330-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-001/2012*, MP Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-001-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-341/2014*, MP Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-341-14.htm>

Constitución Política de Colombia

Congreso de la República de Colombia, *Ley 1395 de 2010*. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html

López Medina, Diego. *Eslabones del Derecho*, Publicación de Universidad de los Andes – Legis. Bogotá, 2016.

Raz, Joseph. *Legal Principles and the limits of Law*. The Yale Law Journal Company, 1972.

Sartoriusm, Norman. *Individual Conduct and Social Norms*, Encino Dichenson. 1971.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
45

346

Revista Pensamiento Jurídico

Instrucciones para los autores de artículos a publicar

1. **EXTENSIÓN DEL DOCUMENTO:** entre 15 y 35 páginas a espacio sencillo en letra Times New Roman, tamaño 12.
2. **CUERPO DEL DOCUMENTO:** sin falta debe estructurarse en tres partes fundamentales:
 - a) *Contenido:* Estructura mínima con tres subtítulos.
 - b) *Conclusión* preliminar.
 - c) *Bibliografía:* Debe dar cuenta de un panorama representativo de los expertos de la temática tratada.

Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor, en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3. **NORMAS GENERALES DE ORGANIZACIÓN DEL ARTÍCULO:** debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
 - a) *Nombre del artículo* en español e inglés.
 - b) *Nombre del(os) autor(es)* con un asterisco el cual indicará a pie de página la filiación del autor, en la que se indicará la formación académica y cargo o campo de desempeño en 2 o 3 líneas y el respectivo correo electrónico.
 - c) *Resumen* en español e inglés (máximo 50 palabras).
 - d) *Palabras clave* en español e inglés (de 5 a 8).
 - e) *Títulos.* En todos los casos aparecerán marginados a la izquierda, con numeración según la tabla de contenido sin tabulado, respetando las siguientes normas:
 - 1) Títulos principales en negrita, tamaño 12, Times New Roman.
 - 2) Títulos secundarios en negrita, tamaño 10, Times New Roman.
 - 3) Subtítulos en itálica, tamaño 10, Times New Roman.

f) *Números:*

- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
- 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas castellananas, vale decir, la numeración deberá llevar *punto* (.) y no *coma* (,) para las cifras que indiquen miles y millones. Por su parte los números decimales se escribirán con *coma* (,).

Ejemplo:

1.000; 10.000; 100.000 o 1.000.000 para los miles y millones
52,7; 9,1; 10,5 o 100,0 para los decimales.

Cuando el número designe una enumeración se escribirá en letras.

Ejemplo:

En 1990 *veinticuatro* personas recorrieron el lugar, *ocho* de ellas...

g) *Elementos gráficos:* tener presente que el interior se imprime en blanco y negro, por lo tanto para cualquier elemento gráfico en los avances (ilustraciones, mapas, cuadros, tablas, etc.) se deberán tener los recaudos necesarios para su correcta interpretación. Tonos grises contrastados o utilización de rayados o punteados que permitan una clara lectura o identificación.

1) Las ilustraciones:

- a) Los cuadros, tablas, fotos, mapas u otros (con su respectiva numeración, escalas, títulos y/o epígrafes) podrán enviarse por separado, indicando en el texto, la ubicación de cada uno de ellos. En el texto se harán las remisiones a las ilustraciones que correspondan.
- b) Los símbolos incluidos deberán ser claros y estar bien diferenciados entre sí. En lo posible utilizar figuras geométricas planas.
- c) En todos los casos el título y la fuente de la información aparecerá de la siguiente manera:

Ejemplo:

Cuadro 1.

(Centrado, tamaño 10, Times New Roman)

Algunos indicadores educativos, República Mexicana
1a. Población de 6 a 14 años que asiste a la escuela
(% de la población total)

(Centrado, en grinta e itálica, tamaño 10, Times New Roman)

Asisten a la escuela					
Año	1990	1995	1997	1997	1997
Edad (años)				Hombres	Mujeres
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Fuente: Informe de Labores 1998-1999 de la SEP, México.

- 2) Los mapas
 - a) Presentar los mapas que incluyan solamente los elementos imprescindibles, evitando que estén excesivamente recargados de dibujo o de texto.
 - b) En cada mapa deberá constar en un recuadro ubicado en el ángulo superior o inferior derecho, la ubicación del sector a nivel regional/providencial/ y del país.
 - c) Recordar que estas imágenes se imprimen en blanco y negro.
- 3) Los gráficos
 - a) Los gráficos y diagramas deberán tener una adecuada calidad original. Se recomienda que en todos los casos se utilice un programa de gráficos para computadora. No utilizar colores en los diagramas.
 - b) Definir claramente, en el caso de las tablas, las columnas y filas que encabezan los ingresos a los valores interiores de las mismas.

Tener en cuenta que no se admitirán agregados ni modificaciones una vez iniciado el proceso de edición y posterior composición gráfica del documento.

4. NORMAS DE CITACIÓN

La *Revista Pensamiento Jurídico* acepta dos sistemas de citación, el Sistema APA y el Sistema ICONTEC. Los autores solo podrán hacer uso de **uno** de ellos en sus textos.

Sistema APA. Cuando se cite un autor o un documento, en el cuerpo central del artículo usted tiene tres opciones para colocar las citas en relación con el texto.

- a) Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

Ejemplos:

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976).

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010).

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998).

- b) Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

Ejemplo:

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

- c) Integar el autor y la fecha en su frase:

Ejemplo:

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica, ...

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones.

Ejemplo:

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

Ejemplo:

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

Ejemplo:

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

Ejemplo:

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

Ejemplo:

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

Ejemplo:

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

Ejemplo:

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

Sistema ICONTEC: se usan notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

a) Cuando se refiera a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

- d) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

- e) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:

Ibíd., p. 23.

- g) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, *op. cit.* p. 176.

- h) Para otras fuentes, véase el apartado bibliográfico.

5. BIBLIOGRAFÍA

Toda la bibliografía citada en el texto mediante el Sistema APA (autor: año), o el Sistema ICONTEC debe ir al final del mismo, respetando los siguientes criterios:

- a) Cuando se refiere a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b) Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

- c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

- d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

e) Documentos electrónicos:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, en *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)¹.

f) Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica, luego seguida de una coma, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera un libro, la segunda una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica; luego el de los autores, en versalita; seguido el título de la obra en itálica; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Ejemplo:

Constitución cubana de 1895 de Jimaguayú, en Lazcano Mazón, Manuel (ed.), *Las constituciones de Cuba. Historia y texto de las constituciones de la República de Cuba*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 25-40.

Estatuto Real para la convocación des las Cortes generales del Reino, mandado observar por S.M. la Reina Gobernadora en 10 del corriente, 1834, en *Gaceta Madrid*, No. 55, de 16 de abril de 1834, pp. 251-252. (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

Constitución de Cundinamarca de 30/03/1811, Santafé de Bogotá, Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, 1811. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), “Constitutional Documents of Colombia 1793-1853”, en Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

g) Sentencias judiciales:

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en (páginas de Internet, libros, etc.) (20.04.2009).

1 La norma APA tiene una regla especial cuando el documento electrónico tiene DOI (*Digital Objective Identification*) pues en este caso, en vez de utilizarse el URL, debe usarse el DOI.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Alejandro Bonivento Fernández, Gaceta Judicial No..., fecha.... Disponible en (página de Internet, libro, etc.) (20.04.2009).

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009).

Nota: En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. Cuando se citen varias publicaciones de un autor, estas se ordenan cronológicamente de la más reciente a la más antigua. Si se citan varias obras del mismo autor de un mismo año, éstas se ordenan agregando al año una letra en orden alfabético. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores).

6. NORMAS GENERALES DE PRESENTACIÓN

Al momento de presentar una postulación de un documento el autor o autores deberán completar y firmar una “carta de compromiso” en la que se declara que el artículo no ha sido publicado y que no será presentado de manera simultánea a otra revista mientras permanezca en el proceso de arbitraje.

Todos los autores deberán remitir un archivo adicional con los datos completos de su formación académica, filiación institucional, correo electrónico (institucional y personal) y listado de publicaciones recientes. Además, los autores deberán transferir, a la revista, de forma irrevocable, los derechos de publicación con licencia para copiar, usar, difundir, transmitir y exponer las obras públicamente, tanto en su versión impresa como en su versión *on line*, ya incluir la revista en diferentes bases de datos en las cuales se encuentre indexada la revista.

Todos los textos serán remitidos al Comité Editorial, el cual designará los árbitros especialistas que realizarán la evaluación académica de los materiales, y quienes no conocerán las identidades de los autores. Una vez evaluados y aprobados los artículos, la revista se comunicará con los autores, y luego iniciará el proceso de corrección de estilo y puesta a punto del material seleccionado.

Journal Pensamiento Jurídico

Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
 - a) *Content:* minimum structure with three subtitles.
 - b) *Conclusion:* Preliminary conclusion.
 - c) *Bibliography:* It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
 - a) *Article name* in Spanish and English
 - b) *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
 - c) *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
 - d) *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
 - e) *Titles.* In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
 - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
 - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
 - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.

f) *Numbers:*

- 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.
- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions
52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them...

- g) *Graphic elements:* Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

- 1) The illustrations:
 - a) Charts, tables, photos, maps or other (with their respective numbers, scales, titles and / or captions) may be sent separately, indicating in the text, the location of each. Referrals will be made to the corresponding illustrations in the text.
 - b) The symbols should be clear and distinct from each other. If possible use flat shapes.
 - c) In all cases the title and source of information appears as follows:

Example:

Table 1.

(Centered, size 10, Times New Roman)

***Some educational indicators, Mexican Republic
1a. Population aged 6-14 years attending school
(% Of total population)***

(Centered, bold and italic, size 10, Times New Roman)

Attending School					
Year	1990	1995	1997	1997	1997
Age (years)				Men	Women
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Source: Report of Work 1998-1999 SEP, Mexico.

- 2) Maps
 - a) Submit maps include only the essentials, avoiding excessively busy are drawing or text.
 - b) Each map shall contain in a box located in the upper or lower right corner, the location of the sector at regional / providence / and country level.
 - c) Remember that these images are printed in black and white.

- 3) Graphics

- a) Graphs and diagrams should be properly original quality. It is recommended that in all cases, a computer graphics program to be used. Don't use colors in the diagrams.
- b) Clarify, in the case of tables, columns and rows that lead to income inner values thereof.

Note that no additions or modifications are permitted once in the process of editing, and typesetting of the document.

4. RULES OF QUOTING

Pensamiento Jurídico Journal accepts two sets of citation, the APA system and ICONTEC System. Authors may only use **one** of them in his writings.

APA System. When an author or document are cited, in the body of the article you have three options for placing citations in relation to the text is acknowledged.

- a) Place the author (s) and date (s) in brackets in a suitable location within or at the end of a sentence:

Examples

The concept of natural law has fallen into disuse because of its many flaws in its reasoning (Silva 1976)

Human rights are legally enforceable (Díaz and Sánchez 2010)

The analytical categories in law are relevant to the argument (Lopez Castro and Perez 1998).

- b) Place only the date in parentheses:

Example:

Sanchez, Aldana and Fischer (2009) have questioned “whether the decisions of the Constitutional Court doesn't have control?” (p. 96).

Note that you must provide the number (s) page in parentheses for direct quotes. They do not require the page number if summarizing or paraphrasing a source, instead of quoting.

- c) Embed author and date your sentence:

Example:

In 2009, Robledo and Puerta reported that, after reviewing the decisions of the Supreme Court in parapolitica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

Example:

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

Example:

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drawn up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

Example:

(Murcia *et al* 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

Example:

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

Example:

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

Example:

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

Example:

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

IO System: page footnotes are used. These shall be consecutively numbered (1, 2, 3, etc.). The number should appear in the text with superscript predating the punctuation. Should appear as follows:

a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) When a set of pages of a book is cited:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) When referring to an article published in a scientific journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en Revista Internacional de Ciencias Sociales, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

d) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en La Nación, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

e) When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en Vanguardia Liberal, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

f) When you cite someone immediately cited above:

Ibid., p. 23.

g) When you cite someone previously mentioned, but not immediately:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit., p. 176.

h) For other sources, see bibliography.

5. BIBLIOGRAPHY

All references cited in the text by the APA System (author: year), or ISOSystem must go to the end of it, respecting the following criteria:

a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

b) When referring to an article published in journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

c) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

d) When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

e) Electronic Documents:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, in *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 2003 Digital Publishing website Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)¹.

f) Historic legislation (primary sources) must first be written the name of the rule in italics, followed by a comma then the source that is, there are 3 options. The first book, the second a court gazette or any other compilation and regulations, the third an electronic source available on the internet.

1 The APA System has an special rule where the electronic document is DOI (Digital Objective-Identification) as in this case, rather than use the URL, the DOI should be used.

In case of a book, first written the name of the rule in italics, then the authors, in small capitals, followed the title of the work in italics, then the country, publisher and year of publication. These data are separated by commas.

Example:

Cuban Constitution of 1895 of Jimaguayú, in Lazcano Mazón, Manuel (ed), *The Constitutions of Cuba. History and text of the constitutions of the Republic of Cuba*, Madrid, Editions Cultura Hispánica, 1952, p. 25-40.

Royal Charter for the convening of the General Cortes of the Kingdom, sent to observe by HM Queen Governor on 10 of the current, 1834, in *Gaceta Madrid*, No. 55, on April 16, 1834, p. 251-252. (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19 th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-is-i.html> (20.04.2009).

Constitution of Cundinamarca of 30/03/1811, Bogota, Imprenta Patriótica de D. Nicolas Calvo y Quijano, 1811. Location: Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, Rare Books and Manuscripts Room. Ed. By: Marquardt, Bernd (ed.), “Constitutional Documents of Colombia 1793 1853” in Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

g) Court decisions:

Example:

Constitutional Court of Colombia, *Judgment T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Available in (websites, books, etc..) (20.04.2009)

Supreme Court, Civil Chamber, MP Bonivento Alejandro Fernández, *Judicial Gazzette No. ... date...* Available in (website, book, etc..) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, Judgements of German Federal Constitutional Court, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

Note: In the bibliography section books, articles and papers used in the article, are listed alphabetically in ascending order by name. When an author of several publications are cited, these are ordered chronologically from newest to oldest. If several works by the same author in the same year are cited, they are ordered annually adding a letter in alphabetical order. This bibliographic listing the pages you are not mentioning, but only the start and end of the articles in journals, newspapers or chapters of a collective work (multiple authors) pages.

6. GENERAL PRESENTATION TERMS

At the time of filing, an application for a document's author must complete and sign a "compromise document" in which he declares that the article has not been published and will not be submitted simultaneously to another journal so while in the arbitration process.

All authors must submit an additional file with full details of your educational background, institutional affiliation, email (institutional and personal) and list of recent publications. In addition, authors must transfer to the journal, irrevocably, the rights to publish with license to copy, use, disseminated, transmit and display the work publicly, both in print and on its online version, and to include the journal in different databases in which the journal is indexed.

All texts will send to the Editorial Committee, which arbitrators shall appoint specialists conduct academic evaluation of materials, and those who do not know the identities of the authors. Once reviewed and approved the articles, the journal will contact the authors, and then begins the process of proofreading and tuning of the selected material.

Política de Ética Editorial

La revista define los siguientes criterios y recomendaciones relacionados con la ética en la publicación científica:

1. Criterios generales

- 1.1. Los artículos deben contener suficiente detalle y referencias que permitan replicar o rebatir el estudio.
- 1.2. Declaraciones fraudulentas o deliberadamente inexactas constituyen un comportamiento poco ético.
- 1.3. Se deben respetar los derechos de privacidad de los seres humanos.

2. Autoría

Criterios:

- 2.1. Un “autor” es la persona que ha hecho una contribución intelectual significativa al artículo, por lo tanto, todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que los reúnan deben ser mencionados de forma explícita.
- 2.2. Se deben cumplir colectivamente tres criterios básicos para ser reconocido como autor:
 - a) Contribución sustancial a la concepción y diseño, adquisición de datos, análisis e interpretación del estudio.
 - b) Redacción o revisión del contenido intelectual.
 - c) Aprobación de la versión final.
- 2.3. El orden de la autoría debe ser una decisión conjunta de los coautores.
- 2.4. Las personas que participen en un estudio pero que no se ajusten a los criterios de autoría deben aparecer como “Colaboradores” o “Personas reconocidas”.

- 2.5. Hay tres tipos de autorías que se consideran inaceptables: autores “fantasma”, que contribuyen sustancialmente pero no son reconocidos (a menudo pagados por promotores comerciales); autores “invitados”, que no hacen ninguna contribución discernible pero se nombran para aumentar las posibilidades de publicación; y autorías “honorarias”, que se basan únicamente en una afiliación tenue con un estudio.

Recomendaciones:

- 2.6. Antes de iniciar la investigación se recomienda documentar la función y la forma como se reconocerá la autoría de cada investigador.
- 2.7. No se debe mentir sobre la participación de una persona en la investigación o publicación, si su contribución se considerada “sustancial” se justifica la autoría, bien sea como autor o colaborador.
- 2.8. No se debe asignar una autoría sin contar con el consentimiento de la persona.
- 2.9. Todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que reúnan los requisitos deben aparecer como autores o contribuidores.
- 2.10. Algunos grupos colocan los autores por orden alfabético, a veces con una nota para explicar que todos los autores hicieron contribuciones iguales al estudio y la publicación.

3. Cambios en la autoría

Criterios:

- 3.1. Hace referencia a la adición, supresión o reorganización de los nombres de autor en la autoría de un artículo aceptado.
- 3.2. Las peticiones de añadir o eliminar un autor, o para reorganizar los nombres de los autores, deben ser enviados por el autor correspondiente del artículo aceptado, y deben incluir:
- a) La razón por la cual debe ser añadido o eliminado, o los nombres de los autores reorganizado.
 - b) La confirmación por escrito (e-mail) de todos los autores que están de acuerdo con la adición, supresión o reorganización. En el caso de adición o eliminación de los autores, esto incluye la confirmación de que el autor sea añadido o eliminado

4. Conflicto de intereses

Crterios:

- 4.1. Cuando un investigador o autor, editor tenga alguna opinión o interés financiero/personal que pueda afectar su objetividad o influir de manera inapropiada en sus actos, existe un posible conflicto de intereses. Este tipo de conflictos pueden ser reales o potenciales.
- 4.2. Los conflictos de intereses más evidentes son las relaciones financieras, como:
 - a) Directas: empleo, propiedad de acciones, becas, patentes.
 - b) Indirectas: honorarios, asesorías a organizaciones promotoras, la propiedad de fondos de inversión, testimonio experto pagado.
- 4.3. Los conflictos también pueden existir como resultado de relaciones personales, la competencia académica y la pasión intelectual. Por ejemplo, un investigador que tenga:
 - a) Algún tipo de interés personal en los resultados de la investigación.
 - b) Opiniones personales que están en conflicto directo con el tema que esté investigando.

Recomendaciones:

- 4.4. Revelar si se está en algún conflicto real o potencial de intereses que influya de forma inapropiada en los hallazgos o resultados del trabajo presentado, dentro de los tres (3) años de haber empezado el trabajo presentado que podría influir indebidamente (sesgo) el trabajo.
- 4.5. Revelar el papel de un promotor (o promotores) del estudio, si los hubiere, en el diseño del estudio, en la recopilación, análisis e interpretación de los datos, en la redacción del informe y en la decisión de presentar el documento para su publicación.
- 4.6. Los investigadores no deben entrar en acuerdos que interfieran con su acceso a todos los datos y su capacidad de analizarlos de forma independiente, y de preparar y publicar los manuscritos.
- 4.7. Al presentar un documento, se debe hacer una declaración (con el encabezamiento “Papel que ha tenido la fuente de financiación”) en una sección separada del texto y colocarse antes de la sección “Referencias”.

4.8. Algunos ejemplos de posibles conflictos de intereses que deben ser revelados, incluyen: empleo, consultoría, propiedad de acciones, honorarios, testimonio experto remunerado, las solicitudes de patentes / registros y subvenciones u otras financiaciones.

4.9. Todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto deben ser revelados.

4.10. Se debe describir el papel del patrocinador del estudio.

5. Publicación duplicada

Criterios:

5.1. Los autores tienen la obligación de comprobar que su artículo sea basado en una investigación original (nunca publicada anteriormente). El envío o reenvío intencional de su trabajo para una publicación duplicada se considera un incumplimiento de la ética editorial.

5.2. Se produce una publicación duplicada o múltiple cuando dos o más artículos, sin hacerse referencias entre sí, comparten esencialmente las mismas hipótesis, datos, puntos de discusión y/o conclusiones. Esto puede ocurrir en diferentes grados: Duplicación literal, duplicación parcial pero sustancial o incluso duplicación mediante parafraseo.

5.3. Uno de los principales motivos por los que la publicación duplicada de investigaciones originales se considera no ético es porque puede dar lugar a una “ponderación inadecuada o a un doble recuento involuntario” de los resultados de un estudio único, lo que distorsiona las pruebas disponibles.

Recomendaciones:

5.4. Los artículos enviados para su publicación deberán ser originales y no deberán haberse enviado a otra editorial. En el momento del envío, los autores deberán revelar los detalles de los artículos relacionados (también cuando estén en otro idioma), artículos similares en prensa y traducciones.

5.5. Aunque un artículo enviado esté siendo revisado y no conozca el estado, debe esperar a que el equipo de la revista informe antes de ponerse en contacto con otra revista, y sólo si la otra editorial no publicará el artículo.

5.6. Evite enviar un artículo previamente publicado a otra revista.

5.7. Evite enviar artículos que describan esencialmente la misma investigación a más de una revista.

- 5.8. Indique siempre los envíos anteriores (incluidas las presentaciones de reuniones y la inclusión de resultados en registros) que pudieran considerarse una publicación duplicada.
- 5.9. Evite escribir sobre su propia investigación en dos o más artículos desde diferentes ángulos o sobre diferentes aspectos de la investigación sin mencionar el artículo original.
- 5.10. Se considera manipulador crear varias publicaciones a raíz de la misma investigación.
- 5.11. En el momento del envío, indique todos los detalles de artículos relacionados en un idioma diferente y las traducciones existentes.

6. Reconocimiento de las fuentes

Criterios:

- 6.1. Los autores deben citar las publicaciones que han sido influyentes en la determinación de la naturaleza del trabajo presentado.
- 6.2. Información obtenida de forma privada, no debe ser usada sin explícito permiso escrito de la fuente.
- 6.3. La reutilización de las tablas y/o figuras requiere del permiso del autor y editor, y debe mencionarse de manera adecuada en la leyenda de la tabla o figura.
- 6.4. La información obtenida en el transcurso de servicios confidenciales, tales como manuscritos arbitrales o las solicitudes de subvención, no debe ser utilizada sin el permiso explícito y por escrito del autor de la obra involucrada en dichos servicios.

7. Fraude científico

Criterios:

- 7.1. El fraude en la publicación científica hace referencia a la presentación de datos o conclusiones falsas que no fueron generados a través de un proceso riguroso de investigación.
- 7.2. Existen los siguientes tipos de fraude en la publicación de resultados de investigación:
 - a) Fabricación de datos. Inventar datos y resultados de investigación para después comunicarlos.

- b) Falsificación de datos. La manipulación de materiales de investigación, imágenes, datos, equipo o procesos. La falsificación incluye la modificación u omisión de datos o resultados de tal forma que la investigación no se representa de manera precisa. Una persona podría falsificar datos para adecuarla al resultado final deseado de un estudio.

Recomendaciones:

- 7.3. Antes de enviar un artículo, lea cuidadosamente las políticas editoriales y de datos de la revista.
- 7.4. Nunca modifique, cambie u omita datos de forma intencional. Esto incluye materiales de investigación, procesos, equipos, tablas, citas y referencias bibliográficas.
- 7.5. Tanto la fabricación como la falsificación de datos son formas de conducta incorrecta graves porque ambas resultan en publicaciones científicas que no reflejan con precisión la verdad observada.
- 7.6. El autor debe hacer una gestión adecuada de los datos que soportan la investigación, teniendo especial cuidado en la recopilación, producción, conservación, análisis y comunicación de los datos.
- 7.7. Mantenga registros minuciosos de los datos en bruto, los cuales deberán ser accesibles en caso de que un editor los solicite incluso después de publicado el artículo.

8. Plagio

Criterios:

- 8.1. El plagio es una de las formas más comunes de conducta incorrecta en las publicaciones, sucede cuando uno de los autores hace pasar como propio el trabajo de otros sin permiso, mención o reconocimiento. El plagio se presenta bajo formas diferentes, desde la copia literal hasta el parafraseado del trabajo de otra persona, incluyendo: datos, ideas, conceptos, palabras y frases.
- 8.2. El plagio tiene diferentes niveles de gravedad, como por ejemplo:
- a) Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
 - b) Qué es lo que se copió (resultados, métodos o sección de introducción)

8.3. El plagio en todas sus formas constituye una conducta no ética editorial y es inaceptable.

8.4. La copia literal solo es aceptable si indica la fuente e incluye el texto copiado entre comillas.

Recomendaciones:

8.5. Recuerde siempre que es esencial reconocer el trabajo de otros (incluidos el trabajo de su asesor o su propio trabajo previo) como parte del proceso.

8.6. No reproduzca un trabajo palabra por palabra, en su totalidad o en parte, sin permiso y mención de la fuente original.

8.7. Mantenga un registro de las fuentes que utiliza al investigar y dónde las utilizó en su artículo.

8.8. Asegúrese de reconocer completamente y citar de forma adecuada la fuente original en su artículo

8.9. Incluso cuando haga referencia a la fuente, evite utilizar el trabajo de otras personas palabra por palabra salvo que lo haga entre comillas.

8.10. El parafraseado solo es aceptable si indica correctamente la fuente y se asegura de no cambiar el significado de la intención de la fuente.

8.11. Incluya entre comillas y cite todo el contenido que haya tomado de una fuente publicada anteriormente, incluso si lo está diciendo con sus propias palabras.

9. Fragmentación

Criterios:

9.1. La fragmentación consiste en dividir o segmentar un estudio grande en dos o más publicaciones.

9.2. Como norma general, con tal de que los “fragmentos” de un estudio dividido compartan las mismas hipótesis, población y métodos, no se considera una práctica aceptable.

9.3. El mismo “fragmento” no se debe publicar nunca más de una vez. El motivo es que la fragmentación puede dar lugar a una distorsión de la literatura existente.

Recomendaciones:

- 9.4. Evite dividir inapropiadamente los datos de un solo estudio en dos o más trabajos.
- 9.5. Cuando presente un trabajo, sea transparente. Envíe copias de los manuscritos estrechamente relacionados al manuscrito en cuestión. Esto incluye manuscritos publicados, enviados recientemente o ya aceptados.

10. Corrección de artículos publicados**Criterio:**

Cuando un autor descubre un error o inexactitud significativa en el trabajo publicado, es obligación del autor notificar de inmediato a la revista y cooperar en el proceso de corrección.

Editorial Ethics Policy

The journal defines the following criteria and recommendations related to ethics in scientific publication:

1. General criteria

- 1.1. The articles must contain sufficient detail and references to permit replicate or refute the study.
- 1.2. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior.
- 1.3. You must respect the privacy rights of human beings.

2. Authorship

Criteria:

- 2.1. An “author” is the person who has made a significant intellectual contribution to the article, therefore, all persons named as authors should qualify for authorship, and all those who meet should be mentioned explicitly.
- 2.2. They must collectively meet three basic criteria to be recognized as author:
 - a) Contribution: substantial contributions to conception and design, data acquisition, analysis and interpretation of the study.
 - b) drafting or revision of intellectual content.
 - c) Approval of the final version.
- 2.3. The order of authorship should be a joint decision of the coauthors.
- 2.4. Persons participating in a study but do not meet the criteria for authorship must be listed as “Partners” or “recognized persons”.
- 2.5. There are three types of authorship that are considered unacceptable: authors “ghost”, which contribute substantially but are not recognized (often paid by commercial developers); authors “guests” who make no discernible contribution but are named to increase the chances of publication; and authorship “honorary”, which are based solely on a tenuous affiliation with a study.

Recommendations:

- 2.6. Before starting the research it is recommended to document the function and how the responsibility of each researcher will be recognized.
- 2.7. Do not lie on the participation of a person in research or publication, if their contribution is considered “substantial” authorship is justified, either as author or collaborator.
- 2.8. You do not assign authorship without the consent of the person.
- 2.9. All persons named as authors should qualify for authorship, and all those who qualify should be listed as authors or contributors.
- 2.10. Some groups put the authors in alphabetical order, sometimes with a note explaining that all authors made equal contributions to the study and publication.

3. Changes in authorship

Criteria:

- 3.1. It refers to the addition, deletion or rearrangement of author names in the author of an accepted article.
- 3.2. Requests to add or remove an author, or to rearrange the names of the authors should be sent by the corresponding author of a paper accepted, and should include:
 - a) The reason why the the names of the authors should be added, deleted or reorganized.
 - b) The written confirmation (e-mail) of all authors agree with the addition, deletion or reorganization. In the case of addition or removal of the authors, this includes confirmation that the author is added or removed.

4. Conflict of interests

Criteria:

- 4.1. When a researcher or author, publisher have any opinion or financial / personal interest that could affect their objectivity or improperly influence their acts, there is a potential conflict of interest. Such conflicts can be real or potential.

- 4.2. The most obvious conflicts of interest are financial relations, such as:
- Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
 - Indirect: fees, consulting promoting organizations, property of investment funds, pay for expert testimony.
- 4.3. Conflicts can also occur as a result of personal relationships, academic competition and intellectual passion. For example, a researcher who has:
- any personal interest in the outcome of the investigation.
 - Personal opinions that are in direct conflict with the topic they are researching.

Recommendations:

- 4.4. Disclose if you are in any real or potential conflict of interest that inappropriately influence on the findings or results of the work presented, within three (3) years of beginning the work presented that could unduly (bias) influence the work.
- 4.5. Reveal the role of a promoter (s) of the study, if any, in study design; in the collection, analysis and interpretation of data, writing the report and the decision to submit the paper for publication.
- 4.6. Researchers must not enter into agreements that interfere with their access to all data and its ability to analyze it independently, and to prepare and publish manuscripts.
- 4.7. When submitting a document, you must make a statement (with the heading “Paper that has been the source of financing”) in a separate text and placed before the “References” section.
- 4.8. Some examples of potential conflicts of interest that must be disclosed, including: employment, consultancies, stock ownership, honoraria, paid expert testimony, patent applications / registrations and grants or other funding.
- 4.9. All sources of financial support for the project must be disclosed.
- 4.10. You must describe the role of the study sponsor.

5. Publication duplicate

Criteria:

- 5.1. The authors are required to check that their articles are based on original research (never published before). Sending or forwarding his work intentionally for a duplicate publication is considered a breach of editorial ethics.
- 5.2. A duplicate or multiple publication occurs when two or more items, without making references to each other, essentially share the same hypothesis, data, discussion points and / or conclusions. This can occur in varying degrees: literal Duplication, partial duplication but substantial or even by paraphrasing.
- 5.3. One of the main reasons that duplicate publication of original research is considered unethical is because it can lead to an “inadequate weight or inadvertent double counting” of the results of a single study, which distorts the available evidence.

Recommendations:

- 5.4. Articles submitted for publication must be original and should not have been sent to another publisher. At the time of shipment, authors should disclose details of related items (also when they are in another language), like newspaper articles and translations.
- 5.5. Although a paper submitted is being reviewed and does not know the state of it, you must wait for the journal’s report before contact with another journal, and only if the other publisher does not publish the article.
- 5.6. Avoid submitting an article previously published in another journal.
- 5.7. Avoid sending articles describing essentially the same research to more than one journal.
- 5.8. Always state the previous submission (including meeting presentations and the inclusion of results in registries) that could be considered a duplicate publication.
- 5.9. Avoid writing about his own investigation into two or more items from different angles or different aspects of the investigation not to mention the original article.
- 5.10. It is considered manipulative create multiple publications as a result of the same investigation.

5.11. At the time of shipment, specify every detail of articles in a different language and existing translations.

6. Recognition of sources

Criteria:

- 6.1. Authors must cite publications that have been influential in determining the nature of the work presented.
- 6.2. Information obtained privately must not be used without express written permission from the source.
- 6.3. The reuse of tables and / or figures requires the permission of the author and editor, and must be mentioned properly in the legend of the table or figure.
- 6.4. The information obtained in the course of confidential services, such as arbitration manuscripts or grant applications must not be used without the express written permission of the author of the work involved in such services.

7. Scientific Fraud

Criteria:

- 7.1. Fraud in scientific publication refers to the submission of false data or conclusions that were not generated through a rigorous screening process.
- 7.2. There are the following types of fraud in the publication of research results:
 - a) Manufacture of data. Invent data and research results and then communicate.
 - b) Falsification of data. Manipulating research materials, images, data, equipment or processes. Counterfeiting includes modification or omission of data or results such that the research is not accurately represented. A person could falsify data to suit the desired study outcome.

Recommendations:

- 7.3. Before submitting an article, please read the editorials and journal data policies.
- 7.4. Never alter, change or omit information intentionally. This includes research materials, processes, equipment, tables, citations and references.

- 7.5. Both manufacturing and data falsification are forms of serious misconduct because both result in scientific publications that do not accurately reflect the observed truth.
- 7.6. The author must make a proper data management that support the investigation, taking special care in the collection, production, storage, analysis and reporting of data.
- 7.7. Keep careful records of raw data, which must be accessible in case of an editor's request even after publication of the article.

8. Plagiarism

Criteria:

- 8.1. Plagiarism is one of the most common forms of misconduct in publications, it happens when an author poses as their own the work of others without permission, mention or recognition. Plagiarism occurs in different forms, from the literal to the paraphrased copy of another person's work, including: information, ideas, concepts, words and phrases.
- 8.2. Plagiarism has different severity levels, such as:
 - a) How much of someone else's work took (several lines, paragraphs, pages, whole article)
 - b) What is it was copied (results, methods or input section)
- 8.3. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.
- 8.4. Verbatim copying is only acceptable if it indicates the source and include the copied text in quotes.

Recommendations:

- 8.5. Always remember that it is essential to recognize the work of others (including work your adviser or their own previous work) as part of the process.
- 8.6. Do not replicate a work, word by word, in whole or in part without permission and reference to the original source.
- 8.7. Keep track of the sources used to investigate and where used in his article.
- 8.8. Be sure to fully recognize and properly cite the original source in his article.

8.9. Even when you reference the source, avoid using other people's work word by word unless you do it in quotes.

8.10. The paraphrase is only acceptable if properly indicates the source and make sure not to change the intended meaning of the source.

8.11. Include quotes and cite all the content is taken from a published source above, even if it is saying in their own words.

9. Fragmentation

Criteria:

9.1. Fragmentation is to divide or segment a large study in two or more publications.

9.2. As a general rule, provided that the "fragments" of a study divided share the same assumptions, population and methods, it is not considered an acceptable practice.

9.3. The same "fragment" should never post more than once. The reason is that fragmentation can lead to distortion of the existing literature.

Recommendations:

9.4. Avoid improperly split the data from a single study in two or more works.

9.5. When submitting a job, be transparent. Send copies of manuscripts closely related to the manuscript in question. This includes manuscripts published recently accepted or already sent.

10. Correction of published articles

Criteria:

When an author discovers a significant error or inaccuracy in the published work, the author is obliged to immediately notify the magazine and cooperate in the process of correction.

El *ius puniendi* del Estado y la resolución de conflictos

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales
“Gerardo Molina” – UNIJUS

Se terminó de imprimir en los talleres de **xxxxx** Editores S.A.S.

300 libros impresos sobre papel book cream de 90 grs,
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.
Diagramación: Melissa Ruano Chacón.